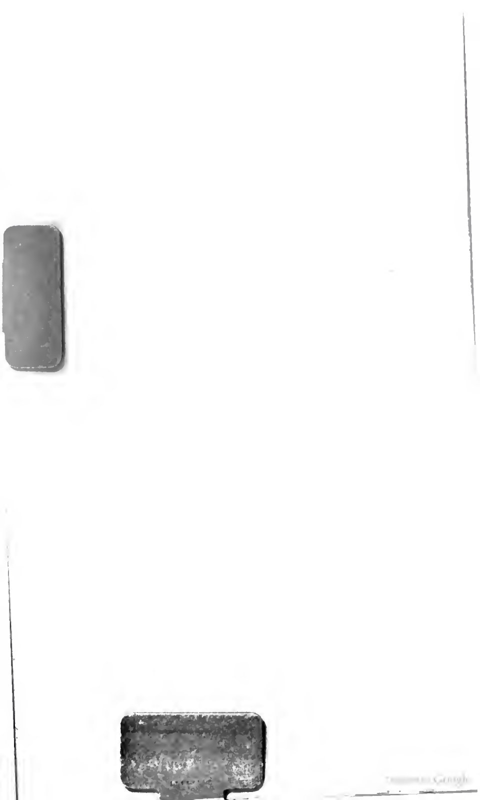







DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE

LIVRE I. TITRE III

DES SOCIÉTÉS

D'UN COMMENTAIRE DES LOIS DES 17-23 JUILLET 1856

SUR

L'ARBITRAGE FORCÉ ET LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE
PAR ACTIONS

PAR J. BEDARRIDE,
AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE D'AIX,
ANCIEN BATONNIER,
MEMBRE CORRESPONDANT DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE

TOME SECOND.

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE,
RUE DES GRÈS, 7.

1857





11 · 4 · 277

DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE

LIVRE I. TITRE III.

DES SOCIÉTÉS

TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.

DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE

LIVRE I. TITRE III.

DES SOCIÉTÉS

SUIVI

D'UN COMMENTAIRE DES LOIS DES 17-23 JUILLET 1856

SUR

L'ARBITRAGE FORCÉ ET LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE

PAR ACTIONS

PAR J. BÉDARRIDE,

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE D'AIX,
ANCIEN BATONNIER,
MEMBRE CORRESPONDANT DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

TOME SECOND.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE,
RUE DES GRÈS, 7.

1857

DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE DU CODE DE COMMERCE

TITRE III.

DES SOCIÉTÉS.

SECTION PREMIÈRE.

DES DIVERSES SOCIÉTÉS ET DE LEURS RÈGLES.

ARTICLE 45.

L'ordonnance du roi qui autorise les sociétés anonymes devra être affichée avec l'acte d'association et pendant le même temps.

SOMMAIRE.

392. Objet de la disposition de l'art. 45.
393. Obligations qui en naissent.
394. Effet de l'inobservation contre les associés, et notamment contre les administrateurs et les membres du conseil de surveillance.

392. Les articles 42 et 43 ne disposent que pour les sociétés en nom collectif et en commandite. On pouvait, en effet, se demander si leurs prescriptions n'étaient pas surabondantes dans les sociétés anonymes. En effet, annexe nécessaire de l'ordonnance d'autorisation, l'acte de société est avec elle inséré au *Bulletin des Lois*; il était donc facile, en recourant à ce recueil, de s'édifier

complétement sur la nature et les conditions de l'association.

Mais le législateur a reculé devant l'obligation, pour les commerçants, de se livrer à des recherches éloignées de leurs habitudes ; même dans cette circonstance, le greffe du tribunal de commerce lui a paru le seul bureau convenable pour constater l'état civil de la société, car il s'offrait naturellement aux investigations que le besoin du commerce rendait nécessaires.

393. L'acte de société doit donc être, même dans les sociétés anonymes, déposé et affiché au greffe du tribunal de l'arrondissement. Dans cette hypothèse, il ne pouvait même plus s'agir d'un extrait quelconque, car la forme de cet extrait, telle que l'ordonne l'article 43, devenait, sur plusieurs points, impraticable. C'est donc l'acte, dans son entier, qui doit être remis au greffe et affiché pendant trois mois dans la salle d'audience.

La loi exige plus encore ; avec la remise de l'acte doit être opérée celle de l'ordonnance royale d'autorisation, qui est également soumise à la formalité de l'affiche. Cette prescription a pour objet d'empêcher qu'on ne suppose faussement une ordonnance d'autorisation. Des aventuriers, dit M. Locré, auraient pu supposer une fausse autorisation comme ils peuvent supposer une fausse entreprise.

Cependant on a en quelque sorte tenu compte de l'insertion au *Bulletin des Lois*, lorsqu'on a dispensé de l'obligation de recourir à la publicité des journaux. Il est évident, en effet, que la loi du 31 mars 1833 ne rend cette publicité obligatoire que pour les sociétés

en nom collectif et en commandite. La société anonyme peut donc ne pas y recourir : ce qui est un devoir pour les premières n'est pour elle qu'une pure faculté.

394. Il n'en est pas de même de la remise et de l'affiche de l'acte de société et de l'ordonnance d'autorisation. Ce devoir étant le même, l'effet de l'infraction serait identique. Nous nous retrouvons donc en présence de la règle que la publicité légale seule oblige, et que la société qui en est dépourvue ne peut s'imposer au public dans les conditions que son acte stipule. En conséquence, l'inobservation de l'article 45 ne permettrait pas d'admettre l'existence d'une société anonyme. L'association de fait, qu'il serait impossible de méconnaître, constituerait une société ordinaire, dont tous les membres seraient tenus solidairement et indéfiniment [1].

Par rapport aux tiers, cette responsabilité pèserait sur tous les associés indistinctement. Entre associés, elle pourrait, en définitive, se fixer sur la personne des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance.

Les uns et les autres, nous l'avons dit, sont des mandataires dans toute l'acception de ce terme ; ils se trouveront donc naturellement chargés de tout ce qui est indispensable pour assurer l'existence et la régularité de l'association.

L'omission des formalités voulues par l'article 45 constituerait une faute d'autant plus lourde que le pré-

[1] Delangle, n. 568.

judice pour les associés pourrait être énorme. En conséquence, la garantie que ceux-ci poursuivraient contre eux serait fondée en équité et en droit.

ARTICLE 46.

Toute continuation de société, après son terme expiré, sera constatée par une déclaration des coassociés.

Cette déclaration, et tous actes portant dissolution de société avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit, tout changement ou retraite d'associés, toutes nouvelles stipulations ou clauses, tout changement à la raison de la société sont soumis aux formalités prescrites par les articles 42, 43 et 44.

En cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu à l'application des dispositions pénales de l'article 42, 3me alinéa.

SOMMAIRE.

395. Caractère de l'article 46, sa division.
396. Circonstances pouvant motiver la continuation de la société après l'expiration du terme.
397. Motifs qui ont fait exiger que cette continuation fût constatée par écrit et publiée dans les formes voulues par l'art. 42.
398. Effet de l'inobservation de l'art. 46 entre associés.
399. Effets envers les tiers.
400. La preuve de la continuation de la société pourra-t-elle, à défaut de publicité, modifier la position des associés?
401. Les créanciers sociaux sont non recevables à prouver par témoins la continuation de la société, à l'endroit des créanciers personnels des associés.
402. Nécessité de publier la dissolution avant le terme stipulé pour la durée de la société.

395. Les prescriptions de l'article 46 étaient naturellement amenées par celles déjà consacrées aux articles précédents. Le système de précautions que le caractère exceptionnel du contrat de société avait inspiré voulait être suivi jusqu'au bout, sous peine de devenir complétement illusoire. A quoi bon, en effet, prescrire la publication des statuts sociaux à l'origine de la société, si, pendant sa durée, des conventions affranchies de

cette publicité pouvaient en altérer, en modifier les dispositions les plus essentielles et faire ainsi disparaître, une à une, toutes les garanties d'abord offertes au public ?

Le devoir qui naissait d'une considération de ce genre était tout tracé ; il fallait que les obligations imposées au moment de la constitution de la société l'accompagnassent dans toutes les phases de son existence; que l'efficacité de tous accords nouveaux, ayant pour objet de changer les clauses de l'acte primitif, fût soumise et subordonnée à la publicité prescrite pour cet acte lui-même. C'est ce que l'article 46 a entendu et voulu consacrer.

Cet article est donc le complément naturel des dispositions précédentes, en même temps qu'une nouvelle et énergique sanction de ce principe de publicité sans lequel les sociétés ne seraient plus que de vastes, d'odieuses déceptions.

L'article 46 envisage d'abord les modifications que la société peut subir dans sa durée; sa continuation après le terme expiré, sa dissolution avant cette expiration; il s'occupe ensuite des conventions prises pendant la durée de la société, se référant au changement ou à la retraite d'un associé, à l'adoption de clauses abrogeant celles de l'acte primitif, enfin aux modifications que subit la raison sociale. Examinons chacun de ces faits, déterminons-en la nature.

396. 1° Continuation après le terme expiré.

La société finit naturellement et de plein droit par l'échéance du terme stipulé pour sa durée. Cette

échéance se réalisant, l'acte a produit tous ses effets, il ne renferme plus aucun lien obligatoire, chaque partie reprend toute sa liberté.

Voilà en droit les conséquences de l'expiration du terme ; mais en fait, et en droit également, les associés ne sont pas obligés de les subir. La continuation des relations anciennes peut être commandée par les convenances des parties, par les résultats avantageux déjà obtenus, par l'intérêt même de tous les associés. En effet, le terme peut expirer au milieu d'une crise commerciale, ou dans un moment où la société est engagée dans de nombreuses et importantes opérations, de telle sorte qu'une liquidation effective et immédiate ne saurait être poursuivie qu'au prix des plus grands sacrifices.

La loi ne pouvait méconnaître ni ces convenances, ni cet intérêt. A quel titre, d'ailleurs, eût-elle contraint à la dissolution ? Les parties pouvant contracter une société nouvelle peuvent évidemment continuer celle qu'ils ont déjà fondée ; on ne pouvait le méconnaître sans violer le grand principe de la liberté des conventions.

La continuation est donc laissée à l'appréciation souveraine et absolue des associés eux-mêmes. Tout ce qu'exige la loi c'est que son existence soit constatée par une déclaration des associés, et que cette déclaration soit déposée et publiée dans les formes et les délais voulus par l'article 42.

397. Cette double exigence s'explique parfaitement. L'acte écrit ! la continuation de la société n'est pas la

constitution d'une société nouvelle, mais l'acte qui la constate n'en est pas moins pour l'avenir un acte social. Pourquoi donc n'aurait-on pas fait pour lui ce qu'on faisait pour celui-ci ?

La publicité ! Sa nécessité ressortait avec éclat des effets que la continuation de société produit contre les tiers. L'expiration du terme d'abord adopté mettant fin à la société, il s'opère dans la condition des associés et dans la nature de leurs droits un changement capital. A l'être moral distinct des associés, ayant ses droits et ses actions à part, succède une communauté simple, une indivision ordinaire. La personne civile a complétement disparu, il n'y a plus que des communistes. C'est ce qui s'induit explicitement des articles 529 et 1872 du Code Napoléon.

Dès lors toute liberté est rendue non-seulement aux associés mais encore à leurs créanciers même personnels. Ceux-ci peuvent désormais former des oppositions, intervenir dans les opérations du partage, assister aux licitations, et, selon l'événement, se faire attribuer la chose qui, tombant dans le lot de leur débiteur, est censée lui avoir toujours appartenu, ou la soulte qui la remplace [1].

Tout cela est rendu impossible par la continuation de la société. Il était, dès lors, naturel et juste de subordonner cet effet à la publicité qu'elle reçoit; on ne pouvait dépouiller les tiers clandestinement et sans les avoir mis en demeure de prendre les mesures que leur intérêt exigera.

[1] Troplong, n. 1004; Delangle, n. 571.

398. Les exigences de l'article 46 sont donc marquées au coin de la justice et de la raison. Quel sera l'effet de leur inobservation ?

D'associé à associé, la nullité complète de tout ce qui aurait été convenu. Ainsi, vainement la continuation de la société aurait-elle été consentie, vainement aurait-elle été exécutée. Chaque associé peut même, après cette exécution, poursuivre la nullité de l'acte non publié, et obtenir ainsi la liquidation immédiate de la société.

399. Mais cette nullité ne pourrait être opposée aux tiers, auxquels on ne saurait reprocher le défaut de publicité. Cette prescription de l'article 42 reçoit ici son entière application par une identité de raisons incontestables.

Il en résulte que les tiers, ayant intérêt à ce que la société ait continué, peuvent en prouver la prorogation tant par témoins que par présomptions. Il faut même convenir que son existence éprouvera moins de difficultés que celle d'une société. Lorsqu'il s'agit, en effet, non plus d'établir des rapports entre personnes jusque-là étrangères les unes aux autres, mais de constater la continuation de relations existant depuis plusieurs années, la présomption devient plus facile. D'ailleurs, la nature des opérations accomplies depuis l'échéance du terme, l'absence de toute liquidation matérielle deviennent tout autant d'éléments précieux pour la conscience du juge.

400. Pourrait-on faire résulter de la continuation de la société, sans publicité, une modification dans la

qualité des parties ? En d'autres termes, serait-on recevable à soutenir que le commanditaire a par cela seul pris la qualité d'associé solidaire et responsable ?

L'affirmative a été soutenue ; on la fondait sur ce principe, que la commandite n'étant qu'une exception doit être prouvée par écrit. Or, l'acte non publié étant nul, cette preuve n'existe pas ; il n'y a plus qu'une société de fait, dont les effets sont souverainement régis par le droit commun.

Nous avons déjà dit que la jurisprudence avait modifié la rigueur du principe [1]. En fût-il autrement, qu'on ne devrait pas hésiter à le déclarer inapplicable dans notre hypothèse.

De deux choses l'une, en effet ; ou les tiers soutiendront que la société s'est continuée, et que c'est avec elle qu'ils ont traité ; mais alors pourront-ils seulement alléguer qu'ils ont été trompés sur la qualité des parties ? Est-ce que les relations antérieures ne sont pas là pour déterminer la position de chacun ?

Ou ils soutiendront qu'il s'est formé une société nouvelle. Dans cette hypothèse, ils seront obligés de prouver leur prétention. Or, comment rapporter cette preuve si en fait la société n'a fait que suivre ses anciens errements, si chaque associé a absolument gardé la position que l'acte primitif lui faisait ?

En l'absence de cette preuve, on se retrouverait donc en présence d'une continuation pure et simple ; or, on ne pourrait donner à l'inobservation de l'article 46

[1] Voir *sup.*, n. 368.

l'effet de modifier l'ancien état des choses. Cet article, en effet, n'a édicté d'autre peine, contre son inobservation, que l'application du troisième alinéa de l'article 42. Il n'a fait, disait la Cour de Paris, aucune distinction entre la société en commandite et la société en nom collectif, qui changerait la nature de l'une ou de l'autre, et la position respective et individuelle des associés vis-à-vis des tiers. Il suppose donc que la société se continue dans sa spécialité originelle, à moins de circonstances qui en modifieraient la nature[1].

Ainsi, l'absence de publicité pour la continuation n'empêchera pas les tiers de se prévaloir de sa réalité et d'en prouver l'existence; ils pourront même prouver que les associés ont modifié leur position, notamment que le commanditaire s'est immiscé; si cette preuve n'est pas articulée, si elle n'est pas rapportée, il pourra y avoir continuation de la société. Mais l'inobservation de l'article 46 n'aura jamais pour effet de modifier l'état des personnes et des choses.

401. Le droit des tiers de prouver par témoins la continuation de la société concerne exclusivement les associés, il ne pourrait être exercé contre leurs créanciers personnels.

Nous l'avons déjà dit, les créanciers personnels de l'associé sont de véritables tiers dans le sens de l'article 42, auxquels on ne saurait opposer une société irrégulièrement contractée [2]. Il en serait de même de sa continuation; ils ne devraient en subir les effets que

[1] 17 avril 1839. D. P., 39. 2, 126.

[2] Voir *sup.*, n. 370.

si elle avait été revêtue des formes exigées par l'article 46. La preuve que les créanciers sociaux prétendraient faire d'une continuation de fait serait donc écartée : ne pouvant jamais avoir aucune efficacité, elle serait inutile. *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

402. 2° Dissolution avant terme.

L'intérêt que les tiers ont à connaître l'instant où la société cesse d'exister est incontestable. Cette connaissance est acquise lorsque la dissolution est amenée par l'échéance du terme. La publication régulière de la société en a expressément déterminé la durée. Les tiers sont donc dûment prévenus ; tout ce qu'ils peuvent exiger, c'est d'être instruits de la prorogation si celle-ci est consentie.

Mais de même que les associés peuvent adopter cette prorogation, de même ils peuvent dissoudre, avant le terme par eux fixé. Indépendamment de la mobilité de la volonté humaine, indépendamment de la cessation des sentiments de confiance sans lesquels il ne saurait exister de société, la dissolution avant terme peut avoir un motif loyal et hautement avouable : l'insuffisance du capital, conséquence des pertes déjà éprouvées, le désir de ne pas compromettre les tiers en risquant de perdre ce qui reste.

Quel qu'en soit d'ailleurs le motif, la dissolution conventionnelle n'est opposable aux tiers que si elle est prouvée par écrit, et que si l'acte en a été publié dans les formes voulues par l'article 42.

403. Doit-on assimiler à la dissolution convention-

nelle celle que la loi fait résulter de la mort civile ou naturelle d'un associé, de son interdiction ou de sa faillite ?

Il est évident qu'aucun de ces faits ne s'accomplit sans acquérir une notoriété, une publicité certaine. Les gens de la localité ne sauraient les ignorer. Quant à ceux qui habitent au loin, il est difficile d'admettre qu'ils ne les aient pas connus, soit s'ils étaient déjà en relation avec la société par une annonce directe ou indirecte, soit par les renseignements qu'ils ont dû recueillir si leurs relations n'ont commencé que postérieurement.

Cette présomption admise, la question que nous avons posée doit se résoudre par la négative, et c'est dans ce sens qu'elle l'a été généralement.

404. Cependant la présomption de connaissance n'est pas admise par tous les auteurs, le célèbre M. Troplong veut que cette connaissance soit prouvée ; à défaut de cette preuve, et en l'absence de toute publication, M. Troplong veut que les héritiers, même mineurs de l'associé décédé, soient tenus solidairement des dettes contractées depuis le décès.

Cette conclusion, dit M. Troplong, peut être sévère, mais elle ne manque pas de points d'appui. Ainsi et malgré la faveur dont il avait entouré le mineur, le droit romain l'avait consacrée. *Sed si pupillus heres extiterit ei qui præposuerat, æquissimum erit pupillum teneri quamdiu præpositus manet. Removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera ejus uti* [1]. Déjà la même

[1] L. 11, ff. *De instit. act.*

règle avait été enseignée par le jurisconsulte Paul : *Si impuber patri habenti institores hæres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus* [1].

Telles sont les règles par lesquelles les Romains donnaient protection à leur commerce ; nous ne sommes pas moins accessibles que ce peuple à ces grandes raisons d'utilité et de loyauté. Pourquoi donc consacrerions-nous le contraire ?

M. Troplong trouve la justification de son système dans un principe incontestable en matière de mandat. Les obligations contractées par le mandataire, dans l'ignorance du décès du mandant, obligent les héritiers même mineurs. Or, l'application de ce principe à la société n'a jamais été contestée entre associés, mandataires les uns des autres ; les opérations que quelques-uns d'eux feraient, de bonne foi et dans l'ignorance du décès de l'autre, lieraient les héritiers de celui-ci, mineurs ou majeurs, sans distinction : *Tunc eadem distinctione utemur quam in mandato, et si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas. Si nota, non valeat* [2].

Dans ce cas-là donc, l'ignorance produira les mêmes effets que dans le mandat, la société est censée durer malgré le décès. Par la même raison, elle doit se continuer fictivement à l'égard des tiers qui ont contracté avec elle dans l'ignorance de la dissolution. Il n'est pas

[1] L. 24, § 1, *ff. De minorib.*
[2] L. 65, *ff.* § 10, *Pro socio.*

possible de trouver un motif de différence entre les deux situations; les raisons de conformité sont, au contraire, nombreuses et palpables [1].

M. Troplong conclut que la mort civile ou naturelle, l'interdiction ou la faillite doit être publiée. Cependant, le défaut de publication ne saurait empêcher qu'on prouvât que le tiers en avait connaissance; car, à son avis, la connaissance de fait équivaut ici à la connaissance légale, et doit faire repousser toutes prétentions contre les héritiers mineurs.

Quoi qu'en dise M. Dalloz, l'argument que M. Troplong puise dans les principes du mandat est puissant. S'il est vrai que le texte de la loi romaine se réfère uniquement à l'hypothèse du mandataire agissant dans l'ignorance de la mort du mandant, le même effet n'en pourra pas moins être réclamé par les tiers ayant agi dans la même ignorance. C'est, au reste, ce qu'il n'est pas permis de révoquer en doute en présence de l'art. 2009 C. Nap.

Le système de M. Troplong puise dans ce rapprochement une grave autorité. Nous ajoutons que, à l'endroit du crédit public, ce système se recommande par de fortes considérations; avec le système contraire, les héritiers se conduiront uniquement au gré de leurs intérêts; associés, s'ils y a des bénéfices, ils répudieront cette qualité dans le cas de perte.

405. C'est cependant ce dernier que la Cour de cassation a consacré. Et ici, qu'il nous soit permis de

[1] Troplong, *des Sociétés*, art. 1865, n. 903.

nous étonner que dans un autre de ses excellents ouvrages M. Troplong ait écrit que la Cour de cassation a consacré son opinion [1].

Des deux arrêts que M. Troplong invoque, le premier, celui du 26 juillet 1843, pourrait aller à son système. Il juge en effet qu'une société commerciale, dont la dissolution par décès de l'un des associés n'a pas été publiée conformément à la loi, est réputée subsister à l'égard des tiers, alors que nonobstant ce décès l'établissement social a continué à marcher dans l'intérêt des associés ou de leurs représentants, et qu'il n'a été procédé à aucune liquidation [2].

Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que devant la Cour suprême les parties contendantes étaient d'une part un créancier social d'avant le décès, de l'autre des créanciers sociaux d'après le décès. Les héritiers mineurs qui avaient figuré devant la Cour impériale n'étaient plus en cause. Leur pourvoi était déclaré non recevable.

On comprend dès lors la solution de l'arrêt. Le créancier ne pouvait exciper d'une exception personnelle aux héritiers mineurs. Pour lui donc, à l'endroit des nouveaux créanciers, la dissolution ne pouvait résulter que de sa publication ou de sa réalisation de fait. Or, l'arrêt constate l'absence de l'une et de l'autre, relevant avec soin que l'établissement n'avait pas cessé de marcher dans l'intérêt des associés ou de leurs représentants.

[1] *Du Mandat*, art. 2009, n. 824.
[2] D. P., 44, 1, 134.

Qu'aurait fait la Cour si les héritiers mineurs en cause devant elle eussent de leur chef demandé la nullité de la continuation de la société ? La réponse est facile, et c'est la Cour elle-même qui va nous la fournir dans son arrêt dans l'affaire Thivolier et Martin.

Dans cette espèce, la Cour de Grenoble avait jugé que, même à l'encontre des héritiers mineurs, la dissolution amenée par le décès de l'associé devait être publiée conformément à l'art. 46 ; qu'à défaut la société s'était valablement constituée. Cet arrêt fut dénoncé à la Cour régulatrice.

Or, par décision du 10 juillet 1844, celle-ci casse l'arrêt de la Cour de Grenoble, et décide en conséquence que l'obligation de publier les faits qui modifient les sociétés commerciales ne s'applique qu'aux faits de l'homme, ou, en d'autres termes, aux seules modifications qui sont l'œuvre de la volonté des parties; qu'en conséquence la dissolution d'une société commerciale, par le décès de l'un des associés, n'est pas soumise aux formalités de publication exigées par l'art. 46 Code comm. Par suite, en cas de cessation de payements de l'associé survivant, c'est lui (ou la société formée par les survivants) et non la société dont l'associé prédécédé faisait partie qui doit seul être mis en faillite [1].

L'antinomie entre ces deux décisions est certes complète. Différence dans les principes, différence dans les conséquences. Le premier, en effet, décide que la

[1] D. P., 44, 1, 297.

dissolution par décès doit être publiée et qu'à défaut, la déconfiture arrivant, c'est la société dont le prédécédé faisait partie et qui s'est légalement continuée, qui doit être déclarée en faillite. Le second, au contraire, déclare la société dissoute de plein droit et sans publication par le décès de l'associé, et refuse conséquemment le droit de la déclarer en faillite. Comme on le voit, la contradiction ne saurait être plus absolue.

A nos yeux, la raison de cette contradiction existe dans la différence de la qualité des parties dans les deux espèces. La dissolution par suite du décès n'est que dans l'intérêt des héritiers, eux seuls peuvent donc s'en prévaloir, avec d'autant plus de raison, que l'impossibilité de continuation, fondée sur l'incapacité des parties, constitue une nullité purement relative.

Sans doute, les créanciers antérieurs au décès peuvent avoir intérêt à la dissolution et soutenir qu'elle a eu lieu, mais tout au moins devraient-ils le prouver. Donc, la meilleure manière d'écarter leur prétention sera de constater que, loin de se dissoudre, la société a continué en fait. Telle était l'espèce du premier arrêt.

Peut-être voudra-t-on voir dans cette dernière circonstance une raison pour expliquer la différence entre les deux arrêts. En fait, dira-t-on, la Cour de Grenoble ne constate pas la continuation qui est avec soin relevée dans l'arrêt de 1843. La Cour de cassation a donc obéi à cette différence de faits.

Cette explication, quelque plausible qu'elle pût paraître, n'est pas admissible ; en voici la raison : l'arrêt de Grenoble étant cassé, parties et matières sont ren-

voyées devant la Cour d'Aix. Celle-ci, sur ma plaidoirie, juge le 9 mai 1845 qu'en fait la société a continué, ce qu'elle induit d'une série de faits, des opérations réalisées après le décès, des livres et écritures.

La Cour évite de se prononcer sur l'application de l'art. 46. Elle ne se met donc pas en contradiction de droit avec la Cour de cassation. Cependant les mineurs Thivolier s'étant de nouveau pourvus, l'arrêt d'Aix est à son tour cassé, attendu, dit la Cour de cassation, qu'à l'endroit de l'art. 1868 Code Nap., les héritiers mineurs d'un associé décédé ne peuvent être liés que par une stipulation formelle de continuation faite par leur auteur; *qu'en l'absence d'une pareille stipulation, les tribunaux ne peuvent faire résulter la continuation de la société des faits et des circonstances. Ce pouvoir d'appréciation ne leur appartient que lorsqu'il s'agit d'héritiers majeurs* [1].

Voilà donc la pensée de la Cour de cassation clairement et nettement énoncée. Par le décès de l'associé tout est définitivement rompu par rapport à ses héritiers, sauf le droit de ceux-ci de renoncer à la dissolution et d'opter pour la continuation. Cette option peut être expresse ou tacite, mais son efficacité, dans tous les cas, dépend exclusivement de la capacité légale des héritiers. Le mineur est incapable, sous un double rapport. Non-seulement il ne peut contracter ni s'engager, mais encore exercer un commerce quelconque sans y avoir été préalablement autorisé. Or, nous avons

[1] Cass., 10 novembre 1847. J. D. P., 1, 1848, 16.

vu sous l'art. 2 du Code de commerce que rien ne peut suppléer à cette autorisation ; qu'elle ne peut être tacite ni résulter de faits nombreux accomplis par le mineur. Ce sont ces principes que la Cour de cassation admet en matière de continuation de société.

L'héritier majeur pouvant librement contracter peut expressément continuer la société. Cette volonté peut même s'induire des faits qui lui sont personnels ou auxquels il a participé. La Cour de cassation, qui le décide ainsi dans le dernier arrêt, l'avait déjà consacré par décision du 16 mars 1838 [1]. On a voulu à tort trouver dans ce dernier arrêt une contradiction au principe de celui de 1847. Ce qui les explique parfaitement, c'est que l'héritier qui dans l'espèce de celui-ci était mineur avait dans l'autre agi en pleine majorité ; la différence dans les résultats se trouve par cela seul pleinement justifiée.

406. Donc et relativement à l'héritier mineur, la Cour de cassation n'admet pas la règle enseignée par M. Troplong. En droit pur, elle considère la dissolution comme définitivement acquise par le décès, quelle que soit d'ailleurs la conduite des héritiers, quelle que soit la bonne foi des tiers, quelque absolue qu'ait été leur ignorance.

Est-ce là méconnaître le principe qui se tire de la législation sur le mandat ? Nous ne croyons pas que telle ait été l'intention de la Cour de cassation. Sa doctrine nous paraît au contraire se fonder sur la connais-

[1] J. D. P., 1, 1838, p. 413.

sance qu'on a dû avoir des événements entraînant la dissolution. La mort naturelle est assez publique pour n'être ignorée de personne sur la localité, et pour peu qu'elle soit de nature à intéresser le commerce, les négociants ne manqueront pas d'en avertir leurs correspondants. L'interdiction exige des débats publics, l'affiche du nom de l'interdit chez les notaires; enfin la mort civile et la faillite sont annoncées par des placards et des affiches : comment donc, en présence de pareils moyens de publicité, une ignorance absolue?

Fallût-il voir dans la doctrine de la Cour le refus d'appliquer à la société les règles du mandat, que ce refus s'expliquerait par l'incapacité du mineur, par le respect dû aux dispositions de l'art. 2 Code de comm., par l'adhésion aux considérations qui l'ont fait consacrer. Faudrait-il blâmer la Cour suprême d'avoir cédé à ces scrupules? Nous oserions d'autant moins le faire que la pratique commerciale n'a pas jusqu'ici signalé de trop graves inconvénients au système auquel elle s'est arrêtée.

407. Ainsi il n'y a que les dissolutions conventionnelles qui soient soumises aux formalités prescrites par l'art. 46 [1]. Quel sera l'effet de l'omission de ces formalités?

D'associé à associé l'acte de dissolution est nul, aux termes de l'art. 42. En conséquence, tout droit réclamé en vertu de cet acte pourra être contesté ou refusé, sur le motif de sa nullité.

[1] Delangle, n. 580.

Mais il faut pour cela que toutes choses soient encore intactes et que l'acte de dissolution soit l'unique fait accompli. Il est évident que si, indépendamment de l'acte, une dissolution matérielle s'est réalisée, s'il a été procédé à la liquidation, au partage de l'actif, si l'établissement avait cessé d'être exploité, les associés ayant exécuté la dissolution ne pourraient plus se prévaloir du défaut de publicité [1].

Il faut observer encore qu'entre associés la nullité n'est acquise que par l'absence complète de publicité au moment où cette nullité est judiciairement poursuivie. Ainsi, un retard ayant laissé expirer le délai de quinzaine ne devrait pas faire prononcer cette nullité. Il suffirait que les formalités eussent été remplies avant l'action intentée par l'associé [2].

408. Par rapport aux tiers l'inobservation de l'article 46 produit un effet radical et absolu. La dissolution ne peut leur être opposée. Quelles que soient les circonstances de fait, il suffit que le tiers qui a traité avec la société ait obtenu la signature sociale pour que la dette soit due solidairement par tous les associés, eussent-ils en réalité rompu la société [3].

La Cour de cassation adoptant le principe n'a pas hésité à en consacrer les conséquences les plus extrêmes. Ainsi elle a jugé, le 29 janvier 1838, que la société dont la dissolution n'a pas été publiée dans les formes légales ne cesse pas de subsister en droit vis-

[1] Pardessus, n. 1071. Cass., 5 juin 1831.

[2] Voir *sup.*, n. 358.

[3] Paris, 22 juillet 1828. Cass., 9 juillet 1833.

à-vis des tiers, alors même qu'en fait une nouvelle société lui aurait succédé avec une nouvelle raison sociale; et les membres de l'ancienne société, quelle que soit leur bonne foi, n'en restent pas moins responsables des engagements souscrits sous la nouvelle raison sociale, si ces engagements ont réellement profité à leur société [1].

Dans l'espèce de cet arrêt, la bonne foi des anciens associés était d'autant plus certaine que les formalités voulues par la loi avaient été remplies. Mais le tribunal au greffe duquel le dépôt avait été opéré n'étant pas celui appelé à le recevoir, la publication avait été déclarée insuffisante et nulle.

409. La Cour de Dijon, dont l'arrêt recevait la sanction de la Cour suprême, paraît admettre que la connaissance que le tiers aurait eu de la dissolution remplacerait la publicité ordonnée par la loi et le rendrait non recevable à prétendre que la société s'est continuée. C'est là un principe que nous sommes loin d'admettre et qui nous paraît répudié par le texte et par l'esprit de l'art. 42. Les associés ne peuvent repousser les tiers qu'en justifiant de l'accomplissement de la publicité requise. Or, soutenir que le tiers a connu la dissolution, est-ce prouver que cet accomplissement s'est réalisé [2] ? Le moindre inconvénient de ce principe est de substituer une appréciation difficile et arbitraire à la règle simple et positive que la loi a tracée.

Quoi qu'il en soit, dans l'espèce, on voulait induire

[1] J. D. P., 1, 1838, p. 499. D. P., 38, 1, 94.
[2] Voir cependant *supra*, n. 369.

cette connaissance de l'existence de la nouvelle raison sociale et de l'acceptation d'un engagement signé de celle-ci. Mais cette prétention est repoussée.

410. Il faut l'avouer cependant, le changement de la raison sociale est un fait grave, dont il est impossible de se dissimuler la portée. C'est une nouvelle personne qui se présente, et comment la confondre avec une autre ? Néanmoins, il faut le reconnaître, la même société peut exister sous une autre raison sociale, l'article 46 le reconnaît expressément. Dès lors, celui qui a traité avec la nouvelle raison sociale peut soutenir qu'il a entendu et voulu traiter avec l'ancienne société. Mais il sera obligé de prouver sa prétention, et ainsi on tient compte du changement de raison sociale. Si l'engagement était signé de l'ancienne, le porteur n'aurait rien à prouver : les associés seraient tenus de plein droit. L'emploi de la nouvelle fait présumer que l'engagement est étranger à l'ancienne société. Mais cette présomption cède devant la preuve contraire. Or, celle-ci résulte de la justification que l'engagement a réellement profité à la société.

411. Nous finirons ce qui se rapporte à la durée de la société par une observation qu'inspire l'ensemble des règles que nous venons d'exposer. Dans son arrêt du 10 novembre 1847, la Cour de cassation reconnaît que l'insertion dans l'acte social de la clause que la société continuera avec les héritiers empêche toute dissolution, le décès se réalisant. La société se trouve légalement constituée avec les héritiers majeurs ou mineurs, sans distinction.

Mais si, postérieurement au décès, le terme conventionnellement stipulé pour la durée de la société vient à expirer, la société sera forcément tenue de se dissoudre si les héritiers de l'ancien associé sont encore mineurs. En effet, le mineur étant en droit incapable de contracter une société, l'est par cela même à l'endroit de la continuation de celle dont il a été accidentellement appelé à faire partie. En conséquence, la prorogation de fait que cette société recevrait ne produirait pour les associés mineurs d'autres effets que ceux indiqués par la Cour de cassation, dans l'hypothèse d'une continuation de la société après décès de l'un des associés, en l'absence de toute clause de ce genre; c'est-à-dire que tout ce qui aurait été fait ne pourrait ni engager ni lier l'associé mineur, toujours recevable à répudier la responsabilité des engagements contractés depuis l'expiration du terme.

412. Tout changement ou retraite d'associés. Ce qui ressort de l'ensemble de l'art. 46, c'est que la loi considère l'acte déposé et publié comme la loi suprême de toutes les parties. C'est par ses énonciations que doivent se résoudre toutes les difficultés, et comme la publicité légale l'a en quelque sorte consacré contradictoirement avec le public, aucune modification ne sera opposable à celui-ci, si la même publicité n'est venue en consacrer l'autorité.

Or, nous l'avons déjà dit, les convenances, les intérêts des associés peuvent exiger de nouveaux accords, motiver même une dissolution. Nous venons de dire comment il fallait procéder dans ce cas.

Souvent, au lieu d'une dissolution, on se contentera du changement ou de la retraite d'un associé. Il est rationnel que celui qui cesse d'appartenir à la société ne réponde plus des engagements que celle-ci peut contracter. Ce résultat la loi le subordonne à la publication de ce changement ou de cette retraite, publication dont elle a tracé la forme dans l'art. 42.

413. Ainsi l'acte social indique Pierre comme un des associés solidaires. Cette indication a pu attirer la confiance des tiers. Pierre sera donc obligé jusqu'au moment où, en annonçant publiquement sa retraite, il mettra le public à même de continuer ou de cesser des relations qui peuvent n'avoir d'autre base que la confiance qu'il inspirait.

L'associé qui se retire a donc le plus haut intérêt à l'exacte observation des prescriptions de l'art. 46. Par elle en effet il est désormais à l'abri de toute responsabilité quant aux dettes que la société pourrait contracter.

Toutefois cette immunité ne concerne que l'avenir. Pour ce qui concerne le passé l'associé ne cesse pas d'être responsable jusqu'au jour de la publication de sa retraite. Les créanciers pourraient donc l'attaquer, quels que fussent les accords qu'il aurait pris soit avec son successeur, soit avec les associés continuateurs.

Cependant, et relativement à ces dettes, il est bon d'observer que l'associé qui s'est retiré pourrait invoquer la prescription de l'art. 64 C. de comm. Le point de départ des cinq ans qu'elle exige serait incontestablement le jour où la publicité de la retraite a été

complète par l'accomplissement des formalités légales.

414. L'inobservation de l'art. 46 en ce qui concerne le changement ou la retraite d'associés produit des effets qu'il convient d'examiner sous un double point de vue.

Si le changement ou la retraite s'opère pendant la durée de la société, il n'y a aucun doute possible. Le défaut de publicité enlève à l'un ou à l'autre toute efficacité. L'associé reste soumis à l'action des tiers pour toutes les dettes contractées depuis comme avant le changement ou la retraite.

Que faut-il statuer lorsque le changement ou la retraite s'opère parce que le terme de la société échéant, l'associé refuse de consentir à la continuation que les autres associés réalisent? M. Delangle pense que dans ce cas l'associé est affranchi de toute responsabilité ultérieure. En effet la dissolution s'opère de plein droit, les tiers n'ont plus besoin d'être avertis. Il importe donc peu que la société ait continué même sous la raison sociale primitive. L'associé n'est pas tenu des engagements contractés dans la période de continuation. C'est ainsi que l'a jugé la Cour de Colmar par arrêt du 2 août 1817.

Cette décision est équitable, mais l'inaction qu'elle conseille à l'associé sortant nous paraît dangereuse. Sans doute, et par l'échéance du terme, la société a été de plein droit dissoute; mais à cette allégation les tiers répondront que les associés ont pu la continuer, qu'en fait ils l'ont continuée. Comment donc l'associé prouvera-t-il qu'il n'a pas pris part à cette continuation,

alors surtout que la société a conservé l'ancienne raison sociale ?

Dans tous les cas, c'est un procès que l'associé aura à subir, dont l'issue est exclusivement subordonnée à une appréciation de fait. N'est-ce donc pas plus sûr de publier le changement ou la retraite de l'associé.

Sans doute si les autres associés publient légalement la continuation, l'associé sortant n'a plus aucun risque à courir. Il lui suffit en effet d'être étranger à la déclaration signée par ses coassociés pour que sa retraite soit un fait légalement constaté. Mais si les continuateurs de la société ne se conforment pas à l'art. 46, il est à craindre que les tiers ne veuillent soutenir que la continuation s'est opérée sans modification, chose que les tribunaux pourraient bien consacrer.

415. La prudence commande donc à l'associé de donner la plus grande publicité à sa retraite, alors même qu'elle s'accomplit à la suite d'une dissolution par l'échéance du terme, si en fait la société est continuée par ses coassociés ; si surtout l'ancienne raison sociale est conservée.

Ici nous avons une distinction à faire. Si la raison sociale ne renferme pas le nom de l'associé qui se retire, on ne saurait voir là, en ce qui le concerne, un grief quelconque à lui opposer. A-t-il pu jamais en effet empêcher que les associés, dont les noms forment la raison sociale, continuassent à agir comme ils l'ont fait par le passé ? On ne saurait donc lui opposer l'emploi de la même raison sociale, surtout si sa retraite avait été légalement publiée.

Si, au contraire, la raison sociale comprend son nom, la tolérance qu'il mettrait à ce qu'on la continuât serait un obstacle invincible à ce que la retraite, eût-elle été publiée, l'exonérât de la responsabilité pour les dettes ultérieurement contractées. Nous nous contentons de nous en référer aux raisons déjà exposées par nous, qui devraient faire consacrer ce résultat [1].

416. Enfin, lorsqu'il s'agit de la retraite d'un associé, il faut bien distinguer entre la qualité et les fonctions qu'on peut être appelé à remplir. Se démettre de la fonction, ce n'est pas abjurer la première. Le titulaire de celle-ci resterait donc soumis à toutes les conséquences qu'elle est dans le cas d'entraîner.

Ainsi il a été jugé que la démission donnée par le gérant d'une commandite ne saurait avoir, pour les tiers, l'effet de dégager l'associé de toute responsabilité future ; qu'il fallait admettre le contraire, la démission de la gérance laissant subsister la qualité d'associé solidaire [2].

Les prescriptions de l'art. 46 ne concernent que les associés en nom ou ordinaires. Elles ne sauraient notamment s'appliquer aux actionnaires, la négociation de l'action suffit par elle seule pour opérer le changement d'associé, la loi n'exige aucune autre formalité.

Pourquoi eût-elle agi autrement ? Les tiers ne peuvent demander que le montant de l'action, et nous avons dit comment le payement pouvait en être obtenu. Aucun intérêt réel ne s'attache donc à la muta-

[1] Voir sup., n. 137 et suiv.
[2] Paris, 26 mars 1840. Cass., 1er juillet 1841. D. P., 41, 1, 290.

tion des porteurs d'actions. Cette mutation se trouve donc par cela même dispensée de l'obligation imposée par l'art. 46.

417. Stipulations ou clauses nouvelles.

Le caractère de l'art. 46, tel que nous venons de l'établir, explique tout de suite quelles sont les clauses ou stipulations nouvelles devant être publiées. Ce sont exclusivement celles qui pourraient avoir pour résultat d'altérer ou de modifier les droits des tiers.

En conséquence, si les nouveaux accords ne sont relatifs qu'aux associés entre eux, s'ils ne règlent, par exemple, que le taux des salaires alloués au gérant, l'époque des répartitions du bénéfice, la proportion dans laquelle chaque associé y prendra part, etc., ils sont évidemment dispensés de toute publicité.

Au reste, ce qu'il importe de remarquer, c'est que les stipulations de l'acte primitif sur ces divers points sont dispensées de toute publicité. En effet, l'art. 43 ne les met pas au nombre des faits que l'extrait doit mentionner, pourquoi se montrerait-on plus exigeant pour les stipulations modificatives des premières ?

C'est donc avec juste raison que dans une espèce de ce genre la Cour de cassation consacre qu'il n'existe aucun motif de penser que l'art. 46 ait voulu prescrire ce dont on est dispensé par l'art. 43 [1].

418. Changements à la raison sociale.

Ces changements sont indispensables à connaître. La raison sociale constitue la personne civile avec

[1] Cass., 21 février 1832. D. P., 32, 1, 110.

laquelle on contracte ; elle est le nom sous lequel elle se manifeste au public, il faut donc de toute nécessité que celui-ci soit tenu au courant des modifications que ce nom peut subir ; comment sans cela s'assurer de l'identité de la société qui sollicite la confiance.

419. L'inobservation de ce devoir laisse subsister la raison sociale telle qu'elle a été établie à la constitution de la Société. Les engagements souscrits par celle-ci sont donc solidairement dus par tous les associés.

Au reste nous venons de voir qu'en l'absence de publication la signature d'une nouvelle raison sociale ne prive pas le créancier du recours qu'il a à exercer contre la société qui aurait en réalité profité de l'engagement dont il est porteur.

420. L'art. 46 fait appel à l'art. 44. En conséquence, si la déclaration de continuation de la société ou de la dissolution avant le terme stipulé, si le changement ou la retraite de l'associé, si les clauses ou stipulations nouvelles, si les changements à la raison sociale sont constatés par acte public, c'est le notaire qui devra signer l'extrait. L'irrégularité de celui-ci engagerait donc sa responsabilité, ainsi que nous l'avons observé sous l'art. 44.

421. Nous terminerons notre commentaire de l'article 46 par une observation générale qu'il importe de ne pas négliger. Cet article s'applique à l'hypothèse d'une société non publiée. La Cour de cassation remarque, avec infiniment de raison, que la relation de l'art. 46 à l'art. 42 ne suffit pas pour donner au premier un sens restrictif ; qu'il n'est pas permis de conclure de

ce que l'art. 46 est applicable aux sociétés publiées en exécution de l'art. 42, qu'il ne doit pas être également appliqué aux sociétés non publiées; que ce serait autoriser les associés, déjà coupables de l'inexécution de l'art. 42, à induire encore les tiers en erreur en n'exécutant pas l'art. 46 [1].

La solution contraire eût blessé non-seulement le droit, mais encore la raison. Que résulte-t-il en effet du défaut de publicité de l'acte social ? que ses stipulations ne peuvent être opposées aux tiers; que par rapport à ceux-ci les associés restent exclusivement soumis au droit commun.

De sorte que c'est l'application de ce droit commun qu'on peut réclamer contre l'associé ; vainement celui-ci opposerait-il les termes de l'acte ; l'absence de publicité enlève à celui-ci toute autorité.

Serait-il donc rationnel d'admettre le contraire pour les faits dont s'occupe l'art. 46 ? Si les mêmes conventions se trouvaient dans l'acte, les associés ne pourraient en exciper, et on leur permettra de le faire parce qu'il s'agira de conventions arrêtées après coup et pendant la durée de la société ! Cela se comprendrait si ces conventions nouvelles avaient été publiées légalement ; dans le cas contraire, elles ne peuvent pas même être invoquées contre les tiers.

En dernier résultat, l'inexécution de l'art. 46, lorsque l'acte de société a été publié, laisse cet acte le seul régulateur des droits de tous. Cet inexécution, dans le

[1] Cass., 9 juillet 1833.

cas où l'acte n'a pas été publié, laisse de plein droit les associés sous l'empire du droit commun. Celui-ci peut être modifié comme le pourrait être l'acte lui-même, mais c'est aux mêmes conditions. Donc l'art. 46, obligatoire dans un cas, l'est également dans l'autre.

Il y a même plus, et dans la seconde hypothèse les formalités exigées par l'art. 46 doivent être remplies pour que la dissolution par l'échéance du terme soit acquise aux associés. En effet, si l'art. 46 ne régit pas nommément ce cas de dissolution, s'il l'excepte même de ses dispositions, c'est que l'acte ayant été publié, le public a connu quelle devait être la durée de la société, et que, celle-ci expirée, il était inutile de faire une nouvelle publication.

Mais si l'acte n'a pas été publié, les tiers n'ont rien pu savoir, n'ont rien su sur la durée de la société. L'échéance du terme ne peut arriver là où aucun terme n'est stipulé. Conséquemment si cette échéance étant accomplie pour les associés, ceux-ci veulent la rendre commune aux tiers, ils ne peuvent le faire qu'en publiant cette échéance et la dissolution qui en est la conséquence.

ARTICLE 47.

Indépendamment des trois espèces de société ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

ARTICLE 48.

Ces associations sont relatives à une ou plusieurs

opérations de commerce, elles ont lieu pour les objets dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.

SOMMAIRE.

422. Utilité de la participation. Intérêt qu'il y a à la bien déterminer.
423. Ce qu'elle fut en France sous l'ordonnance de 1673. Sa définition et ses effets.
424. Caractères en résultant.
425. Doctrine de l'école italienne.
426. Origine que Straccha prête à la participation. Conséquences.
427. Diverses espèces que Savary en indique.
428. Conséquences qu'on a voulu en tirer sous l'empire du Code à l'égard des caractères que cette association doit offrir.
429. Appréciation de ces conséquences. Reproches qu'on peut leur adresser.
430. Leur effet a été de diviser la jurisprudence. Arrêts divers.
431. Caractères indiqués par M. Troplong. 1° La participation doit être occulte.
432. Critique d'un arrêt de la Cour de Poitiers du 11 mai 1825. Réfutation de l'approbation que lui donne M. Delangle.
433. 2° La participation ne doit avoir ni fonds commun ni capital social. Importance de cette condition.
434. La participation n'étant pas un être moral, les créanciers sociaux n'ont aucun privilége sur les créanciers personnels des associés.
435. Opinion contraire de MM. Pardessus et Merlin. Fondements de cette opinion.
436. Réfutation.
437. Arrêt de Paris dans le sens de MM. Pardessus et Merlin. Contradiction dans la jurisprudence des diverses chambres de cette Cour.
438. Arrêts en sens contraire de la Cour de cassation.
439. Difficulté en fait de rencontrer des créanciers sociaux dans la participation. Ce que seront ces créanciers.
440. Conclusion.
441. Les participants peuvent-ils être solidairement tenus des dettes contractées par le gérant?
442. *Quid* dans l'hypothèse où les participants ont notoirement agi comme tels, et que l'objet de l'obligation a profité à la société?
443. Conséquences de la nature de la participation. Position des créanciers

422. Le Code de commerce a législativement reconnu une association que la pratique commerciale avait depuis longtemps appelée à multiplier les opérations en les facilitant. En effet, quoique reléguée sur un plan inférieur, la participation comme les autres sociétés est un puissant auxiliaire et peut rendre d'utiles, de signalés services. Ce qui la recommande, c'est qu'elle supplée aux sociétés ordinaires là où la nature de l'opération et son urgence ne permettent pas d'appeler le secours de celles-ci. Elle permet, en allégeant le fardeau qu'elle divise, de mener à bonne fin des entreprises qu'un commerçant, réduit à ses seules forces, n'eût pas même osé entreprendre.

C'est donc là un instrument précieux que le commerce d'ailleurs n'a jamais négligé. Si nous remontons en effet aux temps les plus reculés, nous verrons les Italiens lui demander les moyens de faire de grandes choses. Emule de la commandite, la participation ap-

pelait dans le commerce les capitaux les plus considérables.

Un intérêt réel s'attache donc à cette association. Il importe dès lors d'en étudier les véritables caractères, d'en déterminer les effets. L'intérêt des participants exige qu'on ne confonde pas leur opération avec la société en nom collectif; l'intérêt du public ne permet pas de convertir celle-ci en une participation. Cette erreur facile, on parviendra à l'éviter en se pénétrant bien des conditions auxquelles on doit reconnaître cette dernière.

423. Le moyen le plus sûr d'apprécier sainement la participation et ce qu'elle est aujourd'hui est de rechercher ce qu'elle fut autrefois. A cet égard, nous ne saurions rencontrer un guide plus sûr que la doctrine que fit naître l'ordonnance de 1673.

La participation était à cette époque qualifiée de société anonyme. Ce qui lui valait cette appellation était, disait Savary, *qu'elle était sans nom; qu'elle n'était connue de personne, comme n'important en façon quelconque au public*. C'est ce qu'enseignent tous les jurisconsultes de l'époque.

Cette définition est surtout remarquable par l'indication que la participation n'importe en façon quelconque au public. Nous verrons bientôt les conséquences de ce principe.

Savary ajoute : « Tout ce qui se fait en la négocia-
« tion tant en l'achat qu'en la vente de la marchandise
« ne regarde que les associés chacun en droit soi ; de
« sorte que celui des associés qui achète est celui qui

« s'oblige et qui paye au vendeur; celui qui vend « reçoit de l'acheteur. Ils ne s'obligent point tous deux « ensemble envers une tierce personne, il n'y a que « celui qui agit qui est le seul obligé ; ils le sont seule- « ment l'un envers l'autre en ce qui regarde la société. « Il y en a qui sont verbales, d'autres par écrit, et la « plupart se font par lettres missives que les mar- « chands s'écrivent respectivement l'un à l'autre. Les « conditions en sont souvent brèves, n'y ayant qu'un « seul et unique article, et elles finissent quelquefois « le même jour qu'elle sont faites [1]. »

Voilà donc quelle était la participation sous l'ordonnance de 1673 : son objet une opération déterminée, sa durée éphémère et nécessairement subordonnée à la nature de l'opération. Le même jour pouvait la voir naître et se dissoudre. Aussi lui donnait-on également le nom de société momentanée [2].

424. D'associé à associé obligation respective de se faire raison de l'achat et de la revente de la marchandisé, de partager les bénéfices ou de contribuer à la perte dans les proportions convenues; en conséquence, action pour contraindre à rendre compte, à restituer la part des bénéfices ou à payer la perte. Donc entre associés il existait une société réelle et incontestable.

Des participants aux tiers, rien de ce qui résulte d'une société ordinaire. Notamment absence complète d'obligations et surtout de solidarité active ou passive.

[1] *Parfait Négociant*, t. I, liv. I, chap. I. *Des Soc.*, p. 25.
[2] Bornier, *Sur l'Ord.*, p. 453.

Ainsi le vendeur de la marchandise ne connaissait que l'acheteur, ne pouvait demander qu'à lui seul le payement du prix, n'intenter que contre lui toute autre action relative à l'existence, aux conditions du marché, à son exécution. De son côté, l'acheteur n'avait à faire qu'à son vendeur, ne pouvait être actionné que par lui, se libérait valablement entre ses mains.

En réalité donc, dans ses rapports avec les tiers, la participation ne constituait pas une société. Cette conséquence était surtout due à ce qu'elle n'en avait pas l'apparence. Chaque participe traitant en son nom et personnellement, les tiers ne pouvaient prétendre avoir été induits en erreur, ou avoir compté sur des garanties autres que celles offertes par celui avec qui ils avaient traité.

Les tiers ne pouvaient donc, sous aucun prétexte, rechercher les participants, mais ils ne pouvaient réciproquement être jamais atteints ou écartés par eux. Ainsi supposez que la marchandise faisant l'objet de la participation, ayant été achetée, ait été confiée à un des participants à l'effet de la vendre, et que celui-ci, après l'avoir vendue, mais avant tout règlement avec son associé, tombe en état de faillite, le prix de la marchandise s'étant confondu avec l'avoir personnel du failli, son coparticipe n'aura à prétendre aucun privilége pour la part lui revenant; il ne sera considéré que comme un créancier pur et simple, et, en cette qualité, appelé à prendre part à la répartition de l'actif avec tous les autres créanciers personnels du failli. C'est ce que Savary fait très-bien ressortir dans l'exem-

ple qu'il donne de la première espèce de société en participation.

425. Au reste, toute cette doctrine se conformait scrupuleusement à celle de l'école italienne. En effet, et par rapport aux tiers, celle-ci n'avait pas cessé de tenir qu'il ne pouvait y avoir rien de commun entre eux et les participants.

Maxima est differentia, disait Casarégis, *inter socium et participem, et sic diversi in jure producuntur effectus, quorum præcipui sunt ut participes non teneantur, nisi ad ratam capitalis pro quo participant in negotio. Neque ipsi agere possunt contra debitores societatis, neque conveniri valent a creditoribus*[1].

Ce dernier effet, et surtout celui sur lequel insiste le cardinal de Luca : *Contra participem nulla datur actio, neque intrat regulam ut obligatio contracta per socium officiat consocium. Creditori alia non datur actio, nisi obliqua ex persona propria ac directi debitoris, cujus dicitur legalis procurator, ejusque jura exercere potest, et pro ut ipsi debitoris competunt; secus autem si non competat*[2].

La jurisprudence italienne a pu varier sur la question de savoir si les participants entre eux devaient ou non être considérés comme associés plutôt que comme des créanciers bailleurs de fonds, mais elle n'a jamais cessé de proclamer qu'en ce qui concerne les tiers ils ne pouvaient être engagés par le fait de leur associé. On refusait donc à ces tiers tout recours contre eux. Les actions

[1] Disc. 39, nos 30, 31 et 32. Voir Ansaldus, *De comm.*, disc. 73, n. 8.

[2] *De cred.*, disc. 88, nos 4 et 11. Voir disc. 27, *De locato*, nos 4 et 5.

données aux tiers contre de vrais associés, décide la rote de Gênes, ne doivent pas leur être attribuées contre les participants qui n'ont pas la propriété et la direction de l'affaire, dont les droits ne commencent à naître que quand l'opération est finie, et se borne à exiger un compte de profits et pertes [1].

426. Telle était la participation telle qu'elle était pratiquée dans les temps les plus reculés. Or, la valeur, l'autorité de cette pratique est toute-puissante par l'excellente raison qu'elle avait seule créé la participation. *Participem vero sola introduxit praxis*, dit, en effet, Straccha. Il faudra donc, dans le doute, recourir à ce que l'usage avait sanctionné. Le Code de commerce n'a rien inventé sur ce point; il s'est contenté de consacrer l'association en participation admise et consacrée sinon par la législation, du moins par la pratique commerciale.

427. Savary poursuivant son examen distinguait quatre sortes de société en participation :

1° Le compte en participation. Il est arrivé au port de Marseille un navire chargé de toute espèce de marchandises. Un négociant de Marseille l'annonce à un commerçant de Paris, et lui propose de participer avec lui à l'achat qu'il compte en faire. Le commerçant de Paris accepte la proposition et fixe la quotité pour laquelle il entend participer, comme la moitié, le tiers, le quart, etc.

2° Achat de marchandises dans les foires et marchés. Les marchands qui vont en foire pour acheter de la

[1] *Décis.* 14, n°s 56, 61, 86, 118 et suiv.

marchandise conviennent souvent de s'associer, soit tous, soit plusieurs d'entre eux, de ne pas se faire concurrence, d'acheter chacun de son côté et de partager ensuite les marchandises dans les proportions convenues d'avance.

3° Vente concertée entre les marchands. Cette association est ordinairement contractée par les plus puissants marchands, qui, ayant accaparé et acheté dans le pays, des autres petits marchands, toutes leurs marchandises pour les porter aux foires et marchés, y mettent le prix qu'ils veulent, et par ce moyen il faut bien que ceux qui veulent acheter passent par leurs mains, à moins de s'en retourner sans rien acheter.

4° Introduction sur un marché d'une denrée achetée au loin. Des négociants voyant qu'en France les blés sont extrêmement chers à cause de la mauvaise récolte qui sera arrivée pendant deux ou trois années, ce qui en produit la disette, et qu'à Dantzick ou autre part il y en aura une grande abondance, ils s'associent trois ou quatre pour y aller acheter et ensuite les faire venir en France [1].

428. Ces diverses hypothèses constitueraient encore aujourd'hui de vraies participations, sauf la troisième, dont l'exécution pourrait être entravée par l'art. 419 du Code pénal. Chacune d'elles offre ce caractère précis, durée déterminée, unité de l'opération. De là on a voulu conclure que ce double caractère était essentiel à la participation et devait la faire reconnaître.

[1] *Parfait Négoc.*, liv. I, chap. I. *Des Soc.*, p. 27.

Ainsi M. Locré nous apprend que l'association en participation n'est qu'un marché d'un moment, relatif à quelque opération passagère, et qui en cela diffère de la société, dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus [1].

A leur tour MM. Malepeyre et Jourdain enseignent que ce qui caractérise ce genre d'association, c'est qu'il faut qu'elle soit relative à une ou plusieurs opérations isolées, sans continuité d'intérêts, sans succession d'opérations, sans suite; car si la société avait pour but de se livrer à des opérations successives, fussent-elles discontinues, il y aurait société ordinaire [2].

Enfin M. Pardessus exige, pour reconnaître une participation, qu'il s'agisse d'une ou de plusieurs affaires déterminées, dont l'objet existe au moment de la convention. Dans le cas, au contraire, où ce n'est pas telle ou telle opération isolée ou déterminée qui a été le but de la réunion, mais une série d'affaires qui n'étaient point nées, ou qui ne pouvaient être prévues alors; en un mot, si, au lieu d'opérations certaines et envisagées par les parties, elles ont projeté de se livrer, soit pendant un temps déterminé, soit jusqu'à ce qu'il plaise à l'une d'elles de se retirer, aux opérations qui se présenteraient pendant le temps de leur réunion, on peut en conclure qu'une société ordinaire a été contractée [3].

429. Toutes ces données pouvaient être exactes

[1] *Esprit du Code de comm.*, art. 47.
[2] Page 260.
[3] N. 1046.

sous l'empire de l'ordonnance de 1673. Elles le sont beaucoup moins depuis le Code. L'article 48 n'exige ni la durée déterminée, ni l'unité de l'opération, il autorise la participation à entreprendre une ou plusieurs opérations de commerce, sans distinguer si ces opérations sont distinctes ou bien si elles se lient entre elles, si elles sont contemporaines ou bien successives.

De plus, ces indications méritent un double reproche. D'abord elles s'arrêtent à l'écorce et ne reposent sur aucune base certaine et exclusive. Qui empêche en effet que les opérations dont nos auteurs s'occupent deviennent l'objet d'une société en nom collectif.

En second lieu, elles laissent subsister l'incertitude et le doute. Comment le juge appréciera-t-il le caractère de l'opération ? c'est ce dont on ne paraît guère se préoccuper.

430. Aussi ce qui est résulté de l'application de la doctrine que nous examinons, c'est la plus déplorable divergence, ce sont les contradictions les plus manifestes dans les monuments de la jurisprudence.

Ainsi il a été jugé :

Par la Cour de Colmar, le 21 mai 1813, que la société ayant pour objet l'achat et la revente des biens-fonds n'était qu'une participation ;

Par la Cour de Poitiers, le 11 mai 1825, qu'il n'y avait qu'une simple participation dans une société entre ouvriers, n'ayant pour objet qu'une seule opération déterminée ; par exemple, la fabrication et la vente d'une pompe propre à soutirer le vin, dans le cas où

un brevet d'invention serait obtenu, bien qu'elle soit régie sous une raison sociale;

Par la Cour de cassation, le 5 juillet 1825, qu'il en est de même de la société faite sans forme régulière pour l'exploitation d'un établissement de bains;

Par la Cour supérieure de Bruxelles, le 27 novembre 1830, qu'il y a simple participation dans l'acte par lequel deux individus s'associent pour trois ans pour faire le commerce de vins, et conviennent que l'un fournira les vins et les prendra sur les lieux, et que l'autre fournira les magasins, payera les droits, moyennant partage des bénéfices;

Par la même Cour, le 30 novembre 1831, que la convention par laquelle deux individus, sans adopter une raison sociale, s'unissent pour faire le commerce de charbons ensemble, et fournir en commun à leurs pratiques respectives, ne constituait qu'une association en participation;

Par la Cour de Bordeaux, le 14 mai 1841, qu'il en était de même de l'achat en commun d'un bateau à vapeur, soit pour le revendre ultérieurement si la vente offrait un bénéfice, soit pour le faire naviguer [1];

Enfin par la Cour de Rouen, le 19 janvier 1844, que la société pour l'exploitation d'un brevet et l'achat des matières premières nécessaires à cette exploitation était une participation [2].

Mais d'autre part il a été décidé :

Par la Cour de Bordeaux, le 25 mai 1829, qu'une

[1] J. D. P., t. II, 1841, p. 540.
[2] *Ibid.*, t. II, 1844, p. 495.

société ayant pour objet toutes les affaires qui peuvent se présenter dans une certaine industrie, comme le commerce d'une espèce d'animaux, était en nom collectif;

Par la Cour de Colmar, le 25 février 1840, qu'il ne saurait y avoir participation dans la société ayant pour objet l'exploitation, pendant plusieurs années, d'un commerce de bestiaux, bien qu'aucune raison sociale n'ait été adoptée [1];

Par la Cour de Paris, le 29 janvier 1841, qu'on ne peut considérer comme participation la société contractée pour l'exploitation d'un privilége théâtral [2].

431. En présence de pareils résultats on éprouve le besoin de rencontrer des caractères moins transparents, plus certains, plus décisifs; or, ces caractères sont fort judicieusement indiqués par M. Troplong.

« L'association en participation doit être occulte, essentiellement occulte. Quel que soit son objet, si elle se manifeste au public, elle n'est pas une participation momentanée ou prolongée, embrassant une affaire née ou une affaire à naître, une opération simple ou des opérations successives; dès l'instant qu'elle ne reste pas concentrée dans des rapports intérieurs, elle est une société collective; le nom de participation est menteur, il ne lui appartient pas [3]. »

La justesse de cette condition ne saurait être contestée, elle s'induit de la nature même de la participa-

[1] *Ibid.*, t. II, 1840, p. 336.
[2] *Ibid.*, t. I, 1841, p. 294.
[3] Troplong, n. 499.

tion ; ce qui fait qu'elle n'est pas une société à l'endroit du public, c'est que dans les traités la concernant, rien n'en indique, n'en fait présumer l'existence. Or, l'emploi d'un nom social caractérise une société, en démontre la constitution ; donc cet emploi est exclusif de toute idée d'une simple participation. Nous ne pouvons donc qu'applaudir aux monuments de jurisprudence qui l'ont ainsi consacré [1].

432. Par la même raison nous ne saurions approuver l'arrêt de Poitiers, du 11 mai 1825, que nous indiquions tout à l'heure. La réunion d'ouvriers dont il s'y agit ayant adopté une raison sociale, leur société était réellement en nom collectif.

Ce qui a droit d'étonner, c'est l'approbation que lui donne M. Delangle. Cette décision est sage, enseigne-t-il ; la convention n'ayant qu'un objet passager, ne se proposant qu'une opération déterminée, unique, ne pouvait être regardée que comme une participation ; les dénominations ne peuvent l'emporter sur le fond des choses [2].

M. Delangle a raison ; si on avait qualifié de société en nom collectif ce qui ne serait en réalité qu'une participation, le mot ne devrait pas l'emporter sur la chose.

Mais il ne s'agissait pas de cela dans l'espèce de l'arrêt de Poitiers. Ce qu'elle présentait à juger, c'était la nature de la société au fond. Or, à cet égard c'est ne rien dire d'utile que de faire ressortir que cette société

[1] Bruxelles, 3 mai 1823. Bordeaux, 5 mai 1829. Nancy, 22 mars 1831.
[2] N° 610.

n'avait qu'un objet passager, ne se proposait qu'une opération déterminée, unique. Un objet passager, une opération unique peuvent devenir la matière d'une société en nom collectif. Leur existence ne sera donc pas par elle seule constitutive d'une participation.

Dès lors, lorsque non-seulement il n'y aura pas d'autres circonstances à l'appui de celle-ci, mais au contraire qu'il se rencontrera un caractère incompatible avec cette association, tel qu'une raison sociale, il n'y aura pas à hésiter; on se trouvera en présence d'une société en nom collectif.

433. Le second caractère essentiel de la participation relevé par M. Troplong est qu'elle ne confond pas la propriété des mises; que les parties ne sont pas associées pour former un capital social, un fonds appartenant à la société; qu'en se réunissant elles retiennent la propriété de leur apport; que leur association ne leur donne des droits respectifs que pour entrer en compte des profits et pertes, et qu'avant ce temps il n'y a pas de fusion d'intérêts, de vie commune, d'action simultanée. Tout est individuel, propriété et industrie [1].

Ce second caractère est, comme le premier, la conséquence directe et logique de la nature même de la participation. Celui qui est appelé à en diriger les opérations agit en son propre et privé nom, il s'oblige seul, et les tiers ne peuvent jamais actionner que lui. Tout cela ne serait plus vrai, deviendrait même impossible s'il existait un fonds commun, un capital so-

[1] Troplong, n. 500.

cial. En effet, le gérant en aurait forcément la disposition, il agirait dans son intérêt et pour son compte, il l'obligerait infailliblement envers ceux avec qui il contracte. Dès lors et par voie de conséquence il engagerait tous les cointéressés à ce capital social. Or, s'il devait en être ainsi, pourquoi aurait-on placé la participation en dehors des sociétés ordinaires?

Nous dirons donc avec le célèbre jurisconsulte dont nous venons d'emprunter les paroles, avec M. Emile Vincens, que ce second caractère est surtout décisif. Il fixe les véritables conditions de la participation. La rote de Gênes nous l'enseignait tout à l'heure. Les droits des associés ne commencent à naître que quand l'opération est finie. Jusque-là donc l'associé qui opère n'est et ne doit être en quelque sorte qu'un commissionnaire commercial, agissant pour des commettants inconnus à ceux avec qui il traite.

434. De la nature de la participation ainsi fixée par le texte et l'esprit de la loi, par le droit italien et par la jurisprudence sous l'empire de l'ordonnance de 1673, il semblerait résulter qu'aucun dissentiment n'a jamais pu s'élever sur les questions de savoir si la participation constitue un être moral, et si en conséquence les créanciers sociaux doivent être préférés aux créanciers personnels des coparticipants? si ces créanciers peuvent poursuivre ces derniers et leur demander solidairement le payement de ce qui leur est dû?

La participation un être moral! mais nous venons de le voir, elle n'est pas même une société au regard

des tiers, et cette doctrine est inébranlablement assise sur le droit et la raison.

En droit, en effet, un être moral ne peut exister sans qu'il ait des droits donnant naissance à des obligations et à des actions, sans une propriété déterminée dont il a l'unique direction, la pleine et entière administration; enfin, sans un nom qui le personnifie et manifeste publiquement son existence. Ainsi, dans les sociétés commerciales ordinaires, nous rencontrons un capital social qui, formé des mises réalisées par les associés, n'appartient plus à aucun d'entre eux, est devenu la propriété exclusive de la société, personne distincte s'appelant tel et C[ie] ou telle chose. Dès lors, ceux qui traitent avec ce nom ou avec cette chose font évidemment confiance à ceux dont la société se compose, les ont directement pour obligés, bien qu'un seul d'entre eux ait contracté.

Est-ce que rien de tout cela se réalise dans la participation? Où est le fonds commun, le capital social? S'il existait, nous venons de le voir, il n'y aurait plus de participation.

Est-ce que les coparticipes ont jamais établi une communauté indivise, un droit de copropriété quelconque? Mais leur but n'a été que le partage des bénéfices, et ceux-ci ne pouvant résulter que de la liquidation de la société, faut-il bien reconnaître que l'indivision ne naîtra réellement qu'après que l'association aura été rompue.

Il importe peu que l'achat de l'objet ayant fait la matière de l'opération ait été contracté et payé au

moyen de sommes versées par chacun des coparticipes ! La réception de ces sommes de la part de l'associé le constitue débiteur jusqu'à due concurrence, avec obligation de restituer, sauf la portion des bénéfices à ajouter, ou celle dans les pertes à retrancher ; mais après comme avant cette réception, le participant n'agira-t-il pas sous son propre et privé nom ? Est-ce qu'il est tenu d'indiquer en rien qu'il contracte également dans l'intérêt et pour le compte d'autrui ?

Donc clandestinité de l'association, absence de tout nom social, de tout capital commun ; dès lors, impossibilité de rencontrer dans la participation cet être moral que nous offrent les autres sociétés commerciales.

435. Cependant le contraire a été soutenu, et par d'éminents jurisconsultes. Une consultation signée de M. Pardessus et acquiescée par M. Merlin soutenait la doctrine opposée dans l'affaire Mouroutt. C'est d'ailleurs ce que M. Pardessus enseigne dans son *Cours de droit commercial* [1].

En droit, le système de la consultation repose tout entier sur cet argument : la participation est une véritable société, donc elle constitue un être moral distinct des associés. Voici d'ailleurs comment MM. Merlin et Pardessus justifient leur première proposition.

C'est d'abord par les termes de l'article 47, qui, selon l'expression de l'orateur du Tribunat, impliquent la reconnaissance d'une *autre espèce de société* qu'on

[1] N. 1045 et suiv. *Conf.* MM. Malepeyre et Jourdain, p. 264.

appelle association en participation; c'est ensuite l'article 50, qui déclare celle-ci exempte des formalités prescrites pour *les autres sociétés*. Ils concluent de là que, dans le langage de la loi, les associations commerciales en participation sont de véritables sociétés. Les expressions *autres sociétés* n'auraient point de sens, si, aux yeux de la loi, ces associations ne constituaient pas des sociétés proprement dites. Pourquoi donc ne constitueraient-elles pas un être moral, distinct des associés ?

436. C'est là fonder un système sur des bases bien fragiles, d'avance détruites par les principes admis sous l'ordonnance de 1673, et avant elle par la doctrine et la jurisprudence italiennes. Des participants aux tiers il n'existait pas de société : comment, dès lors, reconnaître un être moral dans leur association ?

Le Code de commerce a-t-il consacré le contraire, a-t-il admis d'autres principes ? Nous pourrions nous borner à faire observer que l'article 47 refuse à la participation le nom de société; il ne lui donne que celui d'association. Pouvait-on établir entre elle et les autres espèces de sociétés une différence plus absolue, plus tranchée ?

Qu'on ne dise pas que la rédaction de l'article 47 soit l'effet du hasard. La différence entre les mots société et association a été, au contraire, parfaitement calculée. Les procès-verbaux du Conseil d'Etat le prouvent explicitement. En voici l'analyse qu'en fait M. Locré :

« On a demandé pourquoi ces associations n'avaient

pas été comprises comme une quatrième espèce de sociétés dans l'article 19, et l'on a reconnu qu'il y en avait une juste raison.

« C'est que l'association en participation n'est qu'un marché d'un moment, relatif à quelques opérations passagères, et qu'en cela elle diffère de la société, dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts communs.

« Elle ne repose donc pas sur les mêmes bases, et ne peut avoir les mêmes résultats que les trois autres espèces d'association ; elle est d'une nature tellement différente, que deux sociétés permanentes peuvent contracter ensemble une société en participation sans se fondre l'une dans l'autre [1]. »

C'est donc sciemment, intentionnellement, qu'on a refusé à la participation le nom de société. N'aurait-on agi ainsi que pour admettre que cette participation constitue une véritable société? On ne le concevrait pas; c'est cependant ce qui résulterait de la doctrine que nous repoussons.

Ajoutons que la qualification d'association est heureusement consacrée, car elle est exactement conforme à la vérité des choses. La participation est une association, car, d'associé à associé, il y a un lien légal, une obligation, celle de rendre compte et d'attribuer à chacun sa part dans les bénéfices; elle n'est pas une société, car des associés au public il n'y a ni lien ni obligation, car les tiers ne connaissent et ne peuvent connaître

[1] *Esprit du Code de comm.*, art. 47.

que celui avec qui ils contractent ; car, ainsi que l'observait M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely, il n'y a même pas une communauté d'intérêts quelconque.

Donc la doctrine de MM. Pardessus et Merlin est insoutenable. Il n'est pas exact de dire que la participation soit une société, et qu'en conséquence elle constitue un être moral, distinct des associés.

La consultation invoque comme conforme un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 28 mars 1815 ; mais il est facile de reconnaître que cet arrêt reste sans application possible à la question que nous examinons.

Dans l'espèce sur laquelle il est intervenu, le litige s'agitait d'associé à associé, et avait pour objet de savoir devant qui devait être portée l'action en révision de comptes autorisée par l'art. 541 C. proc. civ. La Cour de Bordeaux ayant déclaré que la connaissance en appartenait aux tribunaux, son arrêt fut cassé, d'abord parce que, s'agissant de difficultés entre associés, il fallait recourir à la juridiction arbitrale, en second lieu, parce que les comptes ayant été, en fait, arrêtés par arbitres, eux seuls étaient compétents pour connaître de leur révision, aux termes de l'article 541 lui-même. En conséquence, tout ce qui résulte de cet arrêt, c'est que, entre participants, il existe une société, ce qui n'est pas et ne peut être contesté dans les limites que nous avons indiquées. Il n'y a donc rien à en conclure quant au caractère de l'association relativement aux tiers.

437. Il n'en est pas de même de l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 9 août 1831, postérieurement à la con-

sultation. Celui-ci, en effet, décide formellement que la participation constitue un être moral, distinct des individus qui la composent; qu'en conséquence les choses mises dans la société cessent d'être leur propriété particulière, pour devenir la propriété commune de l'association, à l'exclusion des créanciers personnels de chaque associé, même de l'associé gérant. Ceux-ci ne peuvent exercer des droits sur le fonds social qu'après que les créanciers de l'association ont été désintéressés [1].

Cet arrêt ne donne pas d'autres raisons que celles que nous avons rencontrées dans la consultation de MM. Pardessus et Merlin. Notre réfutation devient donc commune à l'arrêt lui-même.

La seule particularité à relever est la constatation de cette circonstance, à savoir que notre question a profondément divisé la Cour de Paris. L'arrêt que nous venons de citer est rendu par la seconde chambre. Or, par arrêt du 9 avril de la même année 1831, la troisième chambre avait consacré l'opinion contraire, malgré la consultation de MM. Pardessus et Merlin, délibérée à l'occasion du procès pendant devant elle [2].

438. Maintenant ce qui s'est réalisé depuis, c'est que l'arrêt de la deuxième chambre, du 6 août 1831, ayant été déféré à la Cour suprême, a été cassé le 2 juin 1834. La Cour régulatrice a donc condamné la doctrine de la consultation de MM. Pardessus et Merlin, après une

[1] D. P., 31, 2, 208.
[2] D. P., 31, 2, 127.

imposante discussion et un délibéré en chambre de conseil [1].

Après cet arrêt, la première chambre de la Cour de Paris, ayant été investie de la question, l'a résolue comme la deuxième chambre l'avait fait le 7 août 1831; ce nouvel arrêt, rendu le 22 novembre 1834 [2], a appelé une seconde fois l'attention de la Cour suprême. L'arrêt de la première chambre a été cassé, comme l'avait été celui de la seconde. Voici les motifs sur lesquels cette nouvelle cassation est intervenue :

« Vu les articles 1873 Code Nap. et les art. 48, 49, 50, Code de comm.;

« Attendu que si l'on peut considérer comme des êtres moraux les sociétés commerciales comprises dans l'art. 19 C. comm., sous les noms de sociétés en nom collectif, sociétés en commandite et sociétés anonymes, c'est parce qu'elles sont accompagnées de formalités qui les font connaître au public, et sont représentées par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font tous les actes;

« Qu'il ne peut en être de même des associations en participation, qui, d'après les usages du commerce et l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a pas été innové, n'ont aucune espèce de publicité, et dont la chose sociale, relativement aux tiers, est légalement la propriété de l'associé administrateur.

« Qu'en effet il résulte de l'ensemble des dispositions législatives ayant cette espèce d'association pour

[1] D. P., 34, 1, 202.
[2] D. P., 35, 2, 77.

objet qu'elle est essentiellement représentée vis-à-vis des tiers par l'associé administrateur, qui traite avec eux en son propre et privé nom et devient leur débiteur direct; qu'il suit que l'arrêt attaqué, en jugeant le contraire, a expressément violé les lois citées[1]. »

Remarquons en passant que la Cour suprême relève avec soin les deux caractères dont M. Troplong fait dépendre la décision sur la nature de la société. D'abord la participation est occulte, ensuite elle n'a pas de fonds social; d'où la conclusion qu'elle ne saurait constituer un être moral. Cette doctrine et cette conclusion reçoivent l'approbation la plus entière de M. Delangle[2].

439. La participation n'étant pas un être moral, il en résulte que nul privilége ne saurait être acquis à des créanciers sociaux; en fait, il est même fort difficile d'admettre de pareils créanciers là où les tiers ne traitent qu'avec un associé et n'ont jamais d'autre obligé que lui. Il ne peut y en avoir d'autres, observe M. Troplong, que les participants eux-mêmes, qui viennent soutenir qu'ils ont des reprises à exercer contre cette société, mystérieuse pour tout le monde, excepté pour eux, qui l'ont formée; mais puisqu'en donnant une organisation à leur opération ils ont préféré une participation, nécessairement occulte pour les tiers, aux autres sociétés, dont la nature est de se révéler, peuvent-ils opposer à ces tiers des intérêts sociaux dont ils ont affecté de leur laisser ignorer

[1] 19 mars 1838. D. P., 38, 1, 102.
[2] N°s 599 et 600.

l'existence? Où serait la justice? où serait la réciprocité? Comment! les tiers n'auraient aucune action contre la société et la société en aurait une contre eux, et elle viendrait leur enlever un gage qui a été donné comme gage privé, indépendant de toute société! Rien de cela n'est admissible[1].

440. De tout ce qui précède nous induisons que, pour être dans le vrai, il faut tenir que la participation n'est pas un être moral distinct des individus; qu'il ne peut en réalité exister des créanciers sociaux dans une association qui n'a ni raison sociale, ni capital social, et dont le gérant contracte en son seul et privé nom; qu'en existât-il, rien ne les distinguerait des créanciers personnels; qu'ils ne sauraient donc prétendre à un privilége, à une préférence quelconque, même sur ce qu'ils soutiendraient être la matière de la société.

441. Cette solution préjuge celle qu'il faut admettre sur la question de solidarité vis-à-vis des participants.

Les procès-verbaux des délibérations du Conseil d'Etat nous apprennent que, lors de la discussion de la loi, quelques orateurs, et notamment M. Merlin, pensaient que les participants devaient être soumis à la solidarité; mais comment le décider ainsi, alors que pour obéir au véritable caractère de la participation, on devait refuser tout recours contre les participants de la part des tiers? Ce refus, disait M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely, ne saurait tromper la foi publique,

[1] N. 864.

puisque le vendeur n'a connu que celui avec qui il a traité directement, et n'a pas compté sur une autre garantie[1].

Pouvait-il y avoir obligation solidaire là où, par rapport aux tiers, il n'y avait pas même de société? C'est ce que la Cour de cassation s'est toujours refusée à admettre[2].

442. Mais cette solidarité existerait-elle dans l'hypothèse prévue par M. Pardessus, à savoir si le créancier prouvait l'existence de la participation et l'application des fonds par lui fournis à l'opération faisant la matière de l'association[3]?

L'affirmative, enseignée par M. Pardessus, a été également consacrée par un arrêt de la Cour de Limoges du 19 juillet 1839. Cet arrêt décide, en effet, que si en principe la solidarité entre les associés en participation n'existe pas sans stipulation expresse de leur part, il y a dérogation à cette règle lorsque les coparticipants ont notoirement et publiquement opéré comme solidaires, et que les tiers qui ont contracté avec l'un d'eux prouvent que les objets fournis ont été employés au profit commun de la société[4].

En droit pur, cette décision est difficile à justifier. Le principe est là; ceux qui traitent avec le gérant contractent avec lui seul, n'ont pas d'autre garantie à prétendre; leur accorder cette garantie, c'est faire une

[1] Séance du 15 janvier 1807. Locré, t. XVII, p. 195.
[2] 9 janvier 1821, 7 janvier 1827, 8 janvier 1840. D. P., 40, 1, 52.
[3] N. 1049.
[4] D. P., 40, 2, 76.

concession subversive des véritables principes, comme l'observait Regnaud de Saint-Jean-d'Angely.

Sous le rapport de l'équité, on pourra dire qu'il est juste que, l'objet de sa créance ayant tourné au profit de l'association, le créancier soit indemnisé par tous les membres, puisque tous en auront réellement profité; mais que peut raisonnablement prétendre ce créancier? D'être payé sur et par la chose. Mais nous avons dit qu'il peut la saisir dans les mains de son débiteur. Aussi, en thèse ordinaire, serait-il non recevable à offrir la preuve que la chose par lui fournie a été appliquée à l'association.

Le deviendra-t-il parce que publiquement, ostensiblement, les associés ont manifesté leur qualité et leur intérêt? Nous ne le pensons pas. Comment, même dans cette hypothèse, le tiers prétendrait-il avoir compté sur leur solvabilité et leur garantie? Il doit bien savoir qu'en traitant avec l'un d'eux il n'a que celui-ci d'obligé. Si donc, connaissant les associés, il a tenu à les avoir tous pour engagés, il devait exiger la signature de chacun d'eux; à défaut, il faut en revenir aux vrais principes [1].

Or, ces principes sont que, dans la participation, la solidarité ne résulte pas de la loi, qu'elle ne pourrait donc résulter que d'une convention expresse. Le concours plus ou moins public à l'opération n'est pas, ne peut pas être cette convention.

Ce qui la constituerait serait la signature que les co-

[1] Voir *infra*, n. 463.

participes donneraient personnellement à l'engagement du gérant. Il est en effet généralement admis qu'une opération commerciale faite sans division par plusieurs entraîne une obligation solidaire. Dans cette hypothèse, le créancier a dû compter sur la solvabilité de tous ceux avec lesquels il a traité ; il a de plus le droit d'exiger que la dette soit acquittée comme elle a été contractée, c'est-à-dire sans division [1].

443. Les conséquences de la participation, telle que nous venons de la caractériser, sont faciles à saisir. Les tiers créanciers personnels des associés n'auront jamais que l'action oblique. Ils ne pourront donc jamais demander à celui ou à ceux avec qui ils n'ont pas traité que ce que leur débiteur pourrait exiger lui-même.

Ici une double hypothèse se présente : 1° celui qui a opéré a acheté en fournissant lui-même les fonds.

Dans ce cas, cet associé reste propriétaire exclusif jusqu'à concurrence de l'effet acquis, s'il est entre ses mains. Les créanciers du cointéressé qui n'a pas déboursé sa mise ne peuvent réclamer sa part, sous prétexte que le prix qu'il en doit à son associé est une créance de celui-ci, n'empêchant pas la copropriété de la chose achetée pour compte commun. Si la marchandise a passé au pouvoir de l'intéressé qui ne l'a pas payée, celui qui a déboursé, toujours propriétaire, conserve au contraire, même vis-à-vis des tiers créanciers, le droit et le privilége de la revendiquer, comme l'expéditeur est admis, en général, à le faire

[1] Cass., 12 novembre 1829.

chez un dépositaire ou commissionnaire, et même d'en réclamer le prix, si l'effet, ayant été vendu par l'associé n'est pas encore payé par l'acheteur. En un mot, celui qui a fait l'avance n'a rien aliéné à l'intéressé qui n'a pas fait sa mise, même en lui confiant les effets et le soin de la revente. Ce n'est, en ce cas, que pour le profit ou la perte finale, et non pour la propriété qu'ils sont associés [1].

444. 2° L'achat a été fait au moyen de la mise de fonds fournie par chaque intéressé. Le résultat quant à la propriété est le même, c'est-à-dire qu'elle repose tout entière sur la tête de l'acheteur. Le versement opéré par les coassociés les constitue créanciers de celui-ci jusqu'à concurrence, et cette créance, loin de conférer un droit de copropriété, est elle-même subordonnée à la liquidation de l'opération. Elle doit, en effet, varier dans sa quotité, suivant qu'il y aura bénéfice ou perte. Conséquemment, les créanciers personnels de l'associé acheteur, trouvant l'effet en ses mains, seraient bien fondés à le saisir sans que les coassociés pussent exercer d'autres droits que ceux de créanciers ordinaires, venant au marc le franc dans la contribution qui suivra la saisie.

445. Il y a même une hypothèse où les tiers seront préférés aux coassociés, à savoir lorsque le gérant leur aura spécialement affecté la chose faisant la matière de l'association. M. Troplong propose l'exemple suivant : Pierre, commandant le navire *l'Aigle*, et inté-

[1] Emile Vincent, t. I, p. 379, n. 4. Voir Cass., 7 mars 1838. D. P., 38, 1, 316.

ressé aux corps et facultés, cède pour 6,000 fr. de son intérêt à Primus et pour 4,000 fr. à Secundus. Voilà entre ces trois individus une association en participation. Plus tard, Pierre, directeur de l'opération, dont les profits doivent être communs, emprunte à la grosse diverses sommes. Le navire part pour les Indes et retourne. Procès entre les prêteurs, réclamant leur privilége, et les participants, qui le contestent. La prétention de ceux-ci devrait être repoussée. La préférence appartient aux prêteurs à la grosse, ils ont traité avec le maître de l'opération; ils n'avaient pas à s'enquérir s'il existait ou non des participants. Ceux-ci, d'ailleurs, en confiant la direction de l'affaire à leur coassocié, ont aveuglément suivi sa foi.

Il est vrai que, dans cette espèce, l'influence des principes du droit maritime ne serait pas étrangère au résultat; mais il en serait de même, en droit commun, pour tous les priviléges que la chose comporterait. Ainsi, le créancier gagiste serait incontestablement préféré aux coassociés, alors même que le gage n'aurait été fait que dans l'intérêt personnel du gérant.

En résumé donc, les coparticipes ayant fourni les sommes correspondantes à leur intérêt dans l'association n'ont pas acquis la copropriété des choses achetées et payées au moyen de ces sommes; cette propriété appartient exclusivement à l'associé qui a réalisé l'achat, et dont ils deviennent créanciers pour le montant des sommes respectivement versées. De là cette double conséquence : 1° cette créance n'est exigible

qu'après la liquidation. Seule, en effet, celle-ci la rendra liquide en déterminant la quotité des bénéfices qu'il conviendra d'y ajouter, ou celle de la perte qu'il faudra en déduire; 2° les coassociés ne pourront jamais demander le partage en nature des effets prétendus sociaux. Le seul droit leur compétant est celui de faire ordonner la liquidation de l'opération et d'arriver ainsi à un compte définitif; leurs créanciers, n'ayant que l'action oblique et ne pouvant agir qu'en vertu de l'article 1166 Code Napoléon, ne seraient pas recevables à demander autre chose.

447. Le principe que la participation ne confond pas les apports des cointéressés doit être rationnellement entendu. Ainsi, si cet apport est mobilier, celui qui s'est engagé à le réaliser est maître d'en disposer autrement tant qu'il en est nanti. La société n'a encore aucun droit, elle ne pourrait donc le revendiquer. Mais ce droit de disposition cesse naturellement avec la possession des choses; celles-ci, arrivées entre les mains de l'associé directeur, deviennent sa propriété unique, sauf l'obligation de les restituer avec la quotité des bénéfices due à chaque intéressé.

La possession de l'associé directeur est une circonstance décisive contre tous, contre les tiers notamment. De quoi se plaindraient ces derniers ; est-ce qu'ils ont pu être induits en erreur sur la nature des droits qu'on leur conférait sur une chose dont leur débiteur n'avait plus la possession ? En acceptant ces droits, ils se sont substitués à leur débiteur par rapport à la chose; ils ne pourront jamais exercer d'autre action que celle

que celui-ci pourrait intenter. Nous venons de voir en quoi elle consistait.

Cette solution semble contrarier ce que M. Vincent disait tout à l'heure sur la faculté que l'acheteur de la marchandise a de revendiquer cette marchandise elle-même ou le prix encore dû. Mais remarquons que, dans ces deux cas, la remise n'est pas faite au même titre. L'associé qui verse sa mise de fonds exécute une obligation que le contrat lui impose, et en échange de laquelle il n'acquiert d'autre droit que celui de retirer une part dans les bénéfices. Celui, au contraire, qui, acheteur de la marchandise, en confie la revente à son coassocié n'agit en réalité que comme un mandant. L'associé qui se charge de ce soin n'est qu'un mandataire, un commissionnaire ordinaire. Dès lors la détention de la chose ne lui en confère pas la propriété, qui n'a jamais cessé d'appartenir à l'acheteur primitif.

Cette différence dans la qualité explique celle que nous avons admise dans la détermination des droits de l'associé dans l'une et l'autre de ces hypothèses.

448. Si la mise de fonds était un immeuble, la propriété n'en resterait pas moins sur la tête de l'associé qui l'aurait mis en société, si le transfert n'en avait été régulièrement opéré par un acte translatif de la propriété. Conséquemment, les hypothèques dont il le grèverait produiraient tous leurs effets, de préférence aux droits non inscrits des coparticipes, il en serait de même de la vente. Les coassociés ne pourraient apporter le moindre obstacle à son exécution, ni prétendre retenir l'immeuble. Leur droit se bornerait à

poursuivre, contre leur associé, une adjudication de dommages-intérêts, pour le préjudice que la privation de l'immeuble occasionnerait à l'association.

449. Il résulte de ce qui précède que l'associé directeur n'a pas la disposition des mises immobilières, mais qu'il a tout pouvoir sur les mises mobilières. Celles-ci deviennent en quelque sorte sa propriété, dès qu'elles arrivent en ses mains. Seul il en dispose, ainsi que de toutes les valeurs que la marche de l'opération peut faire surgir. La question de savoir s'il peut négocier les billets et lettres de change qu'il obtient de ceux avec qui il traite ne saurait en être une. Ces valeurs étant en son nom ou à son ordre, comment serait-il possible de l'empêcher de les négocier?

M. Delangle suppose le cas où les lettres et billets auraient été souscrits en faveur de tous les associés nominalement indiqués. Il se demande si le gérant pourrait les négocier.

Non, évidemment, à moins d'avoir une procuration spéciale de tous les intéressés. Nous l'avons déjà dit, des tiers aux participants il n'y a pas société. Ceux qui traitent avec le gérant ne traitent qu'avec lui. Il est dès lors évident qu'ils ne peuvent régulièrement tenir de lui des droits appartenant évidemment à d'autres.

Un jugement du tribunal de commerce de Clamecy a décidé qu'en pareille occurrence la négociation ne vaudrait que jusqu'à concurrence de la portion afférente au gérant dans le montant du billet ou de la lettre de change. Cette décision apprécie sainement le fait et le droit.

450. Nous avons à diverses reprises insisté sur ce que la participation n'avait qu'un seul but, à savoir le partage des bénéfices. Or, pour procurer celui-ci, il faut de toute nécessité liquider l'opération, car ce ne sera qu'en comparant le produit de la marchandise avec son prix d'achat, défalcation faite des frais, qu'on arrivera à constater le bénéfice. Il semblerait donc que, pour reconnaître une participation, on devrait exiger que l'association se proposât cumulativement l'achat et la revente; qu'on ne saurait donc l'admettre, lorsque l'achat doit être immédiatement suivi du partage en nature.

C'est ce qu'enseignent MM. Malepeyre et Jourdain. Sans doute ces honorables auteurs sont frappés de la fréquence des achats communs, soit en foire, soit dans les ventes publiques; mais ils n'admettent la participation que, lorsque les achats en commun composant une masse, celle-ci est divisée en plusieurs lots, délivrés au plus offrant des associés, qui seuls peuvent prendre part à l'adjudication. La différence entre le prix de celle-ci et celui de l'achat forme dans ce cas le bénéfice à partager[1].

Cette doctrine n'est pas celle qu'on avait admise sous l'empire de l'ordonnance. Nous avons vu Savary, énumérant les diverses espèces de participation, accepter comme tel l'achat devant être suivi du partage.

Cette doctrine est également condamnée sous le Code par le plus grand nombre d'auteurs. M. Troplong fait même remarquer que cette participation, déjà en usage du temps de Pothier, est fort usuelle parmi les

[1] Page 262, 263.

revendeurs de meubles qui se trouvent aux encans. Cette pratique n'est pas seulement celle de Paris, elle est à peu près suivie sur tous les points de la France[1].

Cette dernière opinion est celle que la Cour de cassation a consacrée, en jugeant, le 4 décembre 1839, que la convention intervenue entre plusieurs individus, d'acheter en commun certains objets, constitue une association en participation, soit que les participants aient dû revendre aussi en commun les objets achetés, soit qu'ils aient dû seulement les partager en nature[2].

Pourquoi d'ailleurs en serait-il autrement? Est-ce que le partage en nature n'attribuera pas à chacun des copartageants un bénéfice certain, par la différence entre le prix auquel il revendra le lot à lui advenu et le prix qu'il en a supporté à l'achat? Toute la différence entre cette hypothèse et celle de la revente en commun est donc que, dans celle-ci, la part du bénéficiaire est retirée en argent, tandis que dans l'autre elle est donnée en nature.

Ce qui peut résulter de là, c'est que chaque partie ne retire pas un bénéfice égal, l'une pouvant revendre plus facilement et plus avantageusement; mais c'est là une chance aléatoire que les associés ont pu accepter, et il suffit que l'attribution des lots ait été librement consentie ou déterminée par le sort, pour que personne soit admis à s'en plaindre. L'achat pour partager en nature offre donc la condition essentielle de toute par-

[1] N. 487. Merlin, v° *Soc.*, § 2, art. 4, n. 1. Pardessus, n. 1046. Vincens, t. I, p. 380.

[2] J. D. P., 2, 1839, p. 569.

ticipation : la réalisation d'un bénéfice. On doit donc le ranger dans cette catégorie.

451. Il en est de la participation comme des autres sociétés. Les intéressés sont libres de convenir des stipulations qu'ils jugent convenables ou utiles ; de déterminer les proportions dans lesquelles chacun d'eux contribuera à la perte ou profitera des bénéfices ; d'établir même une inégalité entre la quotité de ces proportions et celle de l'intérêt réellement souscrit.

Mais cette liberté s'arrête devant ces clauses essentiellement lésives, qui enlèvent à la société son principal caractère. Ainsi la convention qui donnerait à l'un tout le bénéfice, ou qui mettrait à sa charge toute la perte, non-seulement ne devrait pas sortir à effet, mais encore devrait faire annuler l'association.

452. A défaut de stipulation, la proportion dans les bénéfices ou dans la perte se calcule sur la quotité de l'intérêt pris dans l'opération. Celui qui a pris une moitié, un tiers, un quart, retirera les bénéfices ou supportera la perte à concurrence de cette moitié, de ce tiers, de ce quart, etc.

453. La perte est donc indéterminée comme le bénéfice. C'est ce qui distingue les participants des commanditaires et actionnaires, ceux-ci ne pouvant jamais perdre au delà d'une somme déterminée.

Cette différence est la conséquence de la nature des choses. Ce qui est promis dans la commandite ou la société anonyme, c'est uniquement une somme d'argent. Dans la participation, au contraire, la loi n'admet qu'une proportion d'intérêt ; à tel point que si le participant

donnait en réalité une somme d'argent, son droit ne serait déterminé que sur la proportion de celle-ci avec le capital de l'opération. Donc, ce que le participant perd ou gagne, c'est la proportion de son intérêt.

Il est douteux qu'il en fût ainsi en Italie. Le contraire paraîtrait résulter de ces paroles de Casarégis : *Participes non teneantur, nisi ad ratam capitalis pro quo participant in negotio*, et de la maxime de la rote de Gênes : *Participes non teneantur, nisi pro summa quam exposuerunt in societate.*

Ce qui est certain, c'est qu'en droit français il n'en a jamais été autrement. Le privilége de la commandite ou de l'anonyme ne reçoit aucune application à la participation; ce que l'associé perd dans celle-ci, c'est l'intérêt qu'il a pris. Donc, à quelque chiffre que la perte atteigne, le participant la supportera dans les mêmes proportions[1].

ARTICLE 49.

Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

ARTICLE 50.

Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

[1] Pothier, *Des Soc.*, nos 63, 102 et 103.

SOMMAIRE.

454. Nature de ces deux dispositions.
455. Etendue de la dispense consacrée par l'art. 50.
456. Première preuve admise. Représentation des livres. Son utilité.
457. Conséquences du refus de les représenter.
458. Les livres doivent-ils être régulièrement tenus?
459. Deuxième preuve. Production de la correspondance.
460. L'acceptation d'un intérêt dans les bénéfices emporte celle d'un intérêt égal dans la perte, quoiqu'on ne s'en soit pas expliqué.
461. Troisième preuve. Audition des témoins. Discussion au Conseil d'État sur le commencement de preuve par écrit.
462. Les tiers pourront-ils être admis à faire d'eux-mêmes cette preuve? Caractère des arrêts qui ont admis l'affirmative.
463. Dans quel cas la négative devra-t-elle subir une exception? Arrêt de Nancy. Son caractère.
464. Critique de quelques-uns de ses motifs.
465. Nature de la latitude laissée aux tribunaux quant à l'admission de la preuve.
466. La participation peut être établie par écrit. Conséquences pour la validité de la société.
467. Lorsque la participation doit durer plusieurs années, les associés peuvent-ils renvoyer à la liquidation définitive l'obligation de se faire raison des pertes?

454. Les articles 49 et 50 étaient en quelque sorte commandés par la nature même des choses. D'une part, en effet, la participation ne constitue pas une société au regard des tiers. A quoi bon, dès lors, la soumettre à une publicité quelconque? celle-ci n'intéresse que le public. Or, suivant l'expression de Savary, *la participation ne lui importe en façon quelconque.*

D'autre part, il est essentiel que l'association soit occulte, essentiellement occulte. Si elle se manifeste au public, elle n'est pas une participation. Exiger cette manifestation par le moyen de la publication était donc

méconnaître le caractère de cette société, et lui enlever un de ses attributs les plus indispensables.

On comprend dès lors l'article 50, dispensant la participation de toutes les formalités prescrites pour les autres sociétés.

455. Cette dispense s'étend à la disposition des articles 39 et 40 C. de com. Il n'est donc pas nécessaire que l'association soit constatée par écrit. C'était là encore ce que la pratique commerciale ne permettait pas d'exiger.

La participation, en effet, ne se forme bien souvent que par la correspondance. D'autres fois elle ne résultera que de l'exécution que les parties lui ont donnée, ou des renseignements qu'on puisera dans la preuve testimoniale. C'est sur ces prévisions que le législateur a calculé les éléments de preuve sur lesquels il autorise de se fonder pour établir l'existence de la participation.

456. C'est en première ligne la représentation des livres. Entre commerçants d'une même place, la participation n'aura souvent d'autres preuves que leurs écritures respectives. En mentionnant l'opération sur leurs livres, ils ne manqueront pas d'en indiquer la nature et la part qui revient à l'autre ou aux autres associés. De plus, il est à peu près certain que l'exécution de l'opération donnera lieu à l'ouverture d'un compte courant, dans lequel chaque partie établira sa position et celle de son coparticipant. La représentation des livres est donc de nature à prouver la participation.

457. Cette représentation ne pourrait être refusée,

soit qu'elle fût requise par la partie, soit qu'elle fût ordonnée d'office par le tribunal. L'obligation de tenir des livres implique celle non moins légale de les représenter, dans le mode qui est établi par la loi. La partie qui refuserait de le faire s'exposerait à être condamnée sur les livres que son adversaire produirait.

458. Au reste, il n'est pas douteux que, lorsqu'il s'agit de prouver la participation par la production des livres, il n'est pas nécessaire que ces livres soient tenus dans la forme légale. Il est évident, en effet, que dans cet objet la loi n'a entendu exclure aucune preuve ; on doit donc admettre tout ce qui est de nature à établir la vérité, et conséquemment les livres principaux, quoique non légalement tenus, et les livres auxiliaires, quoique non ordonnés par la loi [1].

459. Dans d'autres hypothèses, la correspondance à laquelle le législateur permet de se référer ne sera pas moins utile, pas moins décisive. Entre marchands ou négociants habitant des localités différentes, une participation sera le plus souvent proposée par l'un, acceptée par l'autre. La lettre d'annonce d'une part, la réponse affirmative de l'autre, deviendront la preuve la plus certaine de la participation.

460. Une espèce jugée par la Cour de Bordeaux, le 9 janvier 1826, offrait cette singularité, que le correspondant à qui on avait proposé un tiers d'intérêt dans une opération déterminée, et qui avait répondu accepter ce tiers dans les bénéfices, soutenait qu'il n'y

[1] Aix, 1er mai 1818.

avait pas participation, parce que sa lettre ne s'expliquait pas sur la perte.

Inutile d'observer que cette prétention fut repoussé; elle devait l'être, en effet, car elle était énergiquement condamnée par la raison et le droit. Il est évident que celui qui prend un intérêt d'un tiers dans les bénéfices d'une opération prend cet intérêt dans l'opération elle-même. Dès lors, si, au lieu du bénéfice espéré, cette opération solde par une perte, la proportion dans laquelle l'intéressé devra la supporter n'a pas besoin d'être exprimée. Elle est invinciblement déterminée par celle qu'il avait prise dans les bénéfices; c'est ce que le droit a de tout temps enseigné : *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, et altera vero omissa, in eo quoque quod prætermissum est eamdem partem servari* [1].

461. Enfin, à défaut de livres et de correspondance, la participation peut être établie par la preuve testimoniale. Il faut en convenir, cette preuve sera souvent la seule qui pourra être invoquée, soit par la position des parties, incapables d'avoir des écritures et dans l'impossibilité de trouver les moyens d'en avoir, soit par la nature de l'opération. Dans les travaux publics, par exemple, nous avons vu souvent des entrepreneurs, qui se sont rendus à l'adjudication, convenir d'une société séance tenante, et sans avoir le temps ni quelquefois la possibilité de la constater par écrit. C'est

[1] Institutes, *De Soc.*, § 3.

dans des occasions de ce genre que la preuve testimoniale peut et doit seule découvrir la vérité.

Sous l'ordonnance de 1673, la preuve testimoniale des sociétés ordinaires avait été expressément prohibée. Sous l'empire de cette législation, on se refusait à l'admettre pour la participation, s'il n'existait déjà un commencement de preuve par écrit.

Mais les prescriptions de l'ordonnance sur la preuve écrite des sociétés ordinaires étant tombées en désuétude, la preuve testimoniale admise pour établir celles-ci ne pouvait plus faire question à l'endroit de la participation.

Notre Code renouvelant pour les sociétés ordinaires l'obligation d'une preuve littérale, que devait-on faire pour la participation ? Fallait-il imiter la jurisprudence contemporaire de l'ordonnance ? C'est ce que pensait M. Treilhard. En conséquence, il proposait, dans la discussion de notre article, de subordonner la preuve testimoniale à un commencement de preuve par écrit.

« On objecta que les sociétés en participation ne se formaient pas toujours entre des négociants ayant des livres, ni par correspondance ; souvent la convention n'est que verbale ; c'est ainsi, par exemple, qu'on en use communément dans les foires, pour l'approvisionnement de la capitale ; dans les marchés des départements et dans ceux de Poissy et de Sceaux, on a vu des conventions du plus grand intérêt entre personnes dont aucune ne savait écrire. Comment alors décider si ce n'est *ex æquo et bono*, à moins qu'on ne prenne

le parti de sacrifier l'un des contractants, ce qui serait d'une injustice criante [1]. »

Sur ces objections, l'article fut rédigé tel qu'il se trouve dans le Code, et la preuve par témoins admise, sans condition, en ce qui concerne les associés eux-mêmes.

462. Les tiers pourront-ils également faire cette preuve ? L'affirmative a été admise par un assez grand nombre d'arrêts, égarés, nous osons le dire, par les principes en matière de sociétés ordinaires et par l'interprétation donnée au droit ancien.

Dans les sociétés ordinaires, il n'est pas douteux que les tiers ne soient recevables à prouver par témoins l'existence de la société. Cette faculté leur est même exclusive. Les associés ne pouvant jamais invoquer que la preuve littérale, il a donc paru étrange de la refuser aux tiers dans une hypothèse où on l'accorde aux associés.

Sans doute ce serait étrange si la différence dans la nature des sociétés ne venait donner à ce refus un caractère de rationnalité incontestable. Dans les sociétés ordinaires, les tiers ont, en traitant avec la raison sociale, de plein droit contracté avec tous ceux qu'elle comprend, personnes ou mises. Ils ont donc compté sur la solvabilité de tous. On ne saurait dès lors, en les privant de la preuve testimoniale, alors qu'ils ont été dans l'impossibilité de s'en procurer une écrite, les exposer à voir leur échapper les garanties que la so-

[1] *Esprit du Code de comm.*, art. 49.

ciété leur offrait. Aussi ces sociétés doivent-elles être publiques, sous peine d'être toutes considérées comme en nom collectif.

La participation, au contraire, est occulte, essentiellement occulte, nous l'avons dit; l'associé la dirigeant traite en son seul et privé nom, n'engage que sa propre responsabilité, sans que les tiers aient pu se douter de l'existence de la société, qui même par rapport à eux est censée ne pas exister. Sans action contre les coparticipants, quel intérêt ont-ils à les faire déclarer tels? Ne doit-on pas en cet état, à la demande en preuve, opposer cette maxime : *Frustra probatur quod probatum non relevat?*

La jurisprudence que nous combattons a cru se conformer à ce qui se pratiquait sous l'ordonnance de 1673. La vérité est que la Cour de cassation a décidé, le 28 germinal an XII, que les tiers pouvaient, sous son empire, prouver la participation. Cet arrêt a été rendu sur le réquisitoire de Merlin, et, il faut le dire, ce réquisitoire fait une confusion pouvant seule rendre raison de sa doctrine.

En effet, c'est uniquement sur les articles 7 et 8 de l'ordonnance que se fonde M. Merlin; il prouve fort bien que leurs dispositions comprennent les associés commanditaires. De ce que ceux-ci sont obligés, le réquisitoire conclut que les participants le sont au même titre. *Maintenant*, dit-il, *que nous voilà bien fixés sur le sens de l'art.* 8, *qu'importe, relativement à notre objet*, *qu'on soit associé anonyme* (c'est-à-dire participant) *ou associé commanditaire? qu'on prenne*

l'une ou l'autre qualité, la question est toujours la même.

Cette conclusion était-elle logique, ce raisonnement était-il exact sous l'ordonnance de 1673? Nous en doutons, car nous avons vu que la doctrine de l'époque n'admettait pas comme une société, à l'égard des tiers, l'association en participation. Le participant n'était donc associé que relativement à ses cointéressés, conséquemment lié envers eux seulement; c'est ce qui explique pourquoi on n'avait donné aux tiers que l'action oblique.

Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que sous l'empire du Code la doctrine du réquisitoire est inadmissible. Notre législateur a refusé à la participation le nom de société; elle n'est pas un être moral, elle reste dépourvue de toute publicité; on devrait donc décider aujourd'hui le contraire de ce qu'on décidait alors, si l'on veut être conséquent.

Concluons donc que les tiers ne peuvent être admis à prouver l'existence d'une société en participation, parce qu'ils ne peuvent jamais prétendre avoir traité avec elle, parce que, par rapport à eux, elle est censée n'avoir jamais existé.

463. Mais cette règle, comme toutes les autres, comporte des exceptions. Ainsi un arrêt rendu par la Cour de Nancy, le 3 février 1848, juge qu'en principe la participation, étant essentiellement occulte, n'oblige vis-à-vis des tiers que celui qui est chargé d'agir dans l'intérêt de l'association; mais il admet que si les coparticipants ont pris une part active dans les opérations, s'ils se sont immiscés dans les actes de gestion

de manière à induire les tiers en erreur, et à les engager à traiter dans la confiance qui s'attache à plusieurs associés en nom collectif, ils doivent être solidairement tenus des engagements de la société[1].

Cet arrêt est juridique. Ce qui lui assigne ce caractère, c'est la constatation de certains points de fait justifiant cette conséquence, à savoir que les tiers ont été induits en erreur sur le caractère de la société, et qu'ils ont dû croire à l'existence d'une société en nom collectif. Ainsi l'arrêt relève avec raison que l'associé poursuivi engageait les ouvriers, présidait à leur payement, les congédiait; que, sans cesse sur le chantier, il dirigeait activement les opérations; qu'il disait aux ouvriers paraissant douter de la solvabilité de l'autre participant qu'ils pouvaient être sans inquiétude, qu'ils avaient affaire à lui; enfin qu'en parlant il employait toujours ces locutions : nos travaux, nos ateliers, toutes choses devant faire supposer une société.

Loin de méconnaître le caractère de la participation, l'arrêt en fait la plus juste, la plus saine appréciation. S'il déclare le participant obligé, c'est parce qu'il est sorti du rôle qu'il devait garder, qu'il a manifesté au public la société qui devait rester cachée à tous les yeux, et qu'ayant par sa faute inspiré une fausse croyance, il n'y avait pas à hésiter entre lui et les tiers qu'il avait trompés. Cela, nous le répétons, est fort rationnel et fort juridique.

464. Ce que nous ne pouvons approuver, c'est l'as-

[1] J. D. P., t. I, 1849, p. 588.

similation que l'arrêt fait dans quelques-uns de ses motifs du participant au commanditaire, et l'application au premier des articles 27 et 28 C. de comm. Ce qui condamne cette doctrine, c'est que le commanditaire qui s'est immiscé, n'eût-il agi que comme employé ou mandataire du gérant, n'en sera pas moins solidairement tenu, tandis que le participant peut prendre l'une ou l'autre de ces qualités impunément, que sa responsabilité ne sera pas la conséquence de l'une ou de l'autre ; elle ne sera engagée que si son intervention a eu pour résultat de tromper les tiers et de faire croire à l'existence d'une société en nom collectif.

C'est ce que l'arrêt enseigne lui-même, attendu que l'association en participation, placée en quelque sorte sur les limites des sociétés en nom collectif et en commandite, ne consacre le privilége important de n'engager, au regard des tiers, que l'associé qui agit, qu'à la condition que les participants ne viennent pas, par une intervention active, par des actes d'immixtion et de collaboration, tromper les tiers et leur présenter en apparence les garanties de la solidarité qui pèse sur les associés en nom collectif.

Ailleurs, l'arrêt rappelle encore que ce n'est pas la connaissance que les étrangers pourraient acquérir de l'existence de la participation qui ferait perdre à cette association le caractère et le privilége que la loi lui accorde ; que la perte de l'un ou de l'autre ne serait acquise que par les actes de nature à tromper les tiers, en les engageant à traiter avec la confiance qui s'attache à plusieurs associés en nom collectif.

Nous le répétons, dans cette spécialité l'arrêt est juridique. Mais appliquer aux participants les articles 27 et 28 C. de comm., c'est précisément en sortir, c'est se jeter dans la généralité que M. Pardessus professe et que nous combattions tout à l'heure [1].

En principe donc, les tiers, étant sans action contre les participants, avec lesquels ils n'ont pas contracté, ne peuvent être admis à prouver l'existence de l'association. Cette preuve ne saurait leur conférer un recours quelconque, elle est donc inutile et frustratoire. Il en serait autrement lorsque la preuve demandée aurait pour résultat d'établir que les participants ont par leur conduite trompé le public et fait supposer une société en nom collectif. Le préjudice qui en serait résulté pour les tiers donnant lieu à une réparation, la demande en preuve serait recevable et fondée. Il en serait de même dans l'hypothèse où le tiers, agissant en vertu de l'article 1166, exercerait les actions de l'associé son débiteur.

465. L'article 49 laisse le tribunal libre d'admettre ou de refuser la preuve testimoniale. Cela ne signifie pas qu'en droit le tribunal peut déclarer la preuve recevable ou non. Tout ce qui en résulte, c'est que l'appréciation des faits est laissée à l'arbitrage souverain du juge.

En effet, il en est de l'hypothèse de l'art. 49 comme de toutes celles où la preuve par témoins est autorisée. Quelque recevable qu'elle soit, son admissibilité n'est

[1] Voir *supra*, n. 442.

jamais un devoir pour le magistrat; il ne doit au contraire l'ordonner que lorsque les faits cotés sont graves et pertinents. C'est ce que l'article 49 a voulu consacrer.

Il résulte de là que le demandeur en preuve devra articuler les faits dont il entend induire l'existence de l'association; que ces faits doivent être graves, précis et concordants, et rendre cette association présumable; ils ne doivent pas surtout être, dès à présent, démontrés faux ou invraisemblables.

Pour que la preuve soit pertinente, il faut que l'existence de l'association en soit la conséquence directe. Au reste, sur ce point comme sur la valeur de la preuve offerte, c'est la conscience du juge qui prononce souverainement.

466. L'article 49, en indiquant par quels moyens on peut prouver la participation, est bien loin d'exclure la preuve littérale. C'est donc mal à propos qu'on a prétendu trouver dans l'acte écrit une manifestation de la société qui devrait dès lors perdre le caractère de participation.

Les intéressés sont donc libres de constater leur association par écrit; mais dans cette hypothèse, la règle que nous rappelions tout à l'heure, à savoir que les dénominations ne sauraient l'emporter sur le fond des choses, reçoit son application. En conséquence, quelle que soit la qualification donnée à la société par la convention, c'est par ses clauses que le caractère de cette société doit être apprécié.

C'est ainsi, et par application de cette règle, qu'il a

été jugé que lorsqu'un contrat de société, qualifiée association, contient des clauses qui ne peuvent s'appliquer qu'à l'existence d'une société anonyme, et qui excluent celle en participation, les parties doivent être régies par les dispositions relatives aux sociétés anonymes, nonobstant la qualification par elles donnée à l'acte. En conséquence, aucun associé ne peut être tenu au delà de son action [1].

Il en serait de même si les clauses de l'acte s'appliquaient à une société en nom collectif, ou à une commandite. Vainement lui aurait-on donné le nom de participation ; ce nom et les effets qui en résultent disparaîtraient devant la vérité des choses.

Mais dans chacune de ces hypothèses, s'agissant d'une société ordinaire, sa validité serait subordonnée à la publicité que l'acte aurait reçue; si aucune ne lui a été donnée, l'acte est nul, et la société ne saurait exister. Conséquemment, elle devrait cesser pour l'avenir, si déjà elle fonctionnait; elle ne devrait produire aucun effet, si, n'ayant pas encore reçu son exécution, il s'agissait de contraindre la partie à remplir ses engagements, il n'y aurait pas légalement société.

467. Nous terminerons nos observations sur la participation par l'examen d'une question qui ne manque pas d'importance, celle de savoir si, lorsque la participation doit durer plusieurs années, le règlement des pertes doit être renvoyé à la fin de l'opération, ou bien si l'un des coparticipants a le droit d'exiger qu'on s'en

[1] Toulouse, 16 juillet 1836.

tienne respectivement compte, sans qu'il soit besoin d'attendre l'expiration du terme.

Dans une consultation produite devant la Cour de Rouen, M. Philippe Dupin soutenait qu'il ne pouvait y avoir règlement de la perte qu'après la liquidation définitive de l'opération. A l'appui de cette doctrine, il invoquait l'opinion de Savary, qualifiant la participation de compte courant.

« Cette dénomination caractéristique et si vraie, disait la consultation, donnée autrefois à ce genre d'association, s'est maintenue dans les usages et dans la langue du commerce; elle doit avoir pour conséquence que tant que l'association n'est pas arrivée à sa fin, le compte des parties reste en suspens, ne peut être arrêté. Jusque-là, en effet, il ne peut y avoir que des aperçus auxquels chaque jour apporte des changements. En un mot, ce n'est que par l'apurement du compte que la position des parties peut devenir liquide et certaine; et cet apurement ne peut avoir lieu qu'au moment où la participation prendra fin, soit par la cessation des opérations qui en font l'objet, soit par l'échéance du terme. »

Le résultat le plus immédiat de cette doctrine est de laisser la position des parties douteuse et incertaine pendant la durée de l'opération, quelque longue qu'elle doive être. Ce résultat, funeste pour les parties elles-mêmes, contraire aux vœux de la législation, en opposition avec les habitudes commerciales, loin d'être approuvé, est formellement condamné par la pratique.

Il n'est pas de société quelque peu soigneuse de son

avenir, quelque peu jalouse de ses véritables intérêts, qui ne règle et n'arrête annuellement sa position; et c'est dans ce but que la loi exige un inventaire qui devient chaque année l'élément de ce règlement; c'est ici une mesure toute d'intérieur, et qui reste complétement étrangère au public. Les associés perçoivent les bénéfices, se font mutuellement raison des pertes, soit réellement et en espèces, soit par une passation au crédit ou au débit de leur compte courant.

Pourquoi ce qui se pratique entre les associés ordinaires ne se réaliserait-il pas dans la participation? Par rapport aux participants, l'association, ainsi que nous l'avons dit, constitue une véritable société. Ils sont donc des associés, et, comme tels, leur intérêt à voir clair dans leur position, à la régler à de certaines époques, ne saurait être contesté.

Sans doute la participation exclut l'idée de ces règlements périodiques, lorsqu'elle n'a pour objet qu'une opération unique, déterminée, dont la durée est toujours plus ou moins bornée; mais elle les comporte très-bien lorsque la durée doit se prolonger, elle les commande même dans certaines hypothèses. Ainsi, nous nous associons pendant dix ans pour spéculer chaque année sur l'achat et la revente de la récolte du blé, du vin, de l'huile ou des amandes. Il est évident qu'à chaque fin d'année nous règlerons le résultat de notre opération, malgré la durée de notre association. En réalité, dans cette hypothèse il y aura autant de participation qu'il y aura d'achats et de reventes distincts, et il serait ridicule d'en renvoyer

le règlement jusqu'à l'expiration du terme convenu.

Sans doute le même fait ne se réalise pas dans l'hypothèse où la participation se propose une seule opération se renouvelant sans cesse et successivement; mais dans ce cas même on doit séparer, et la pratique sépare l'exploitation par périodes se réalisant d'un inventaire à l'autre, et le règlement de ce qui s'est fait dans l'intervalle s'accomplit d'autant plus facilement qu'il ne saurait en résulter aucun inconvénient. En effet, si un seul règlement a lieu à la fin de la société, et que les bénéfices et les pertes se balancent, les associés n'auront rien retiré, et ils n'auront rien à payer; que si, au contraire, l'associé a contribué à la perte dans un règlement partiel, il remboursera le bénéfice dans l'autre : on arrivera donc par des voies différentes à un résultat identique.

Ce règlement annuel non-seulement ne présente aucun inconvénient, mais il a, au contraire, ce double avantage d'éclairer les associés sur leur véritable position, sur la convenance qu'il y a à donner suite à l'opération, à ne pas laisser jusqu'au règlement définitif, à la charge exclusive du directeur de l'entreprise, un fardeau pouvant devenir beaucoup trop lourd, ce qui, on le comprend, ne serait pas un encouragement à accepter ces fonctions.

Nous dirons donc avec la Cour de Rouen que lorsqu'une société en participation a été formée pour plusieurs années, l'un des participants peut exiger qu'on se tienne réciproquement compte des pertes pendant la durée de l'association, et sans qu'il soit

besoin d'attendre la liquidation définitive. Une sentence arbitrale l'ayant ainsi jugé était déférée à la justice supérieure de la Cour. Mais, par arrêt du 31 juillet 1845, cette sentence fut confirmée avec adoption de motifs. Le caractère éminemment juridique de ces motifs leur méritait cet honneur. Les voici :

« Attendu que la participation, sauf les dispositions des articles 49 et 50 C. Comm., reste soumise à toutes les prescriptions résultant des principes généraux du droit sur les sociétés, toutes les fois que la convention ou l'usage n'y a pas dérogé ; qu'il est de principe comme d'usage, dans les sociétés commerciales, que les bénéfices ou les pertes constatées par les inventaires se répartissent chaque année entre les associés; que si la participation relative à une opération unique, momentanée, implique d'ordinaire pour les participants l'obligation de ne se faire compte qu'après la liquidation de l'affaire, cette exception, qui se justifie par la nature du compte à demi, ne peut être invoquée avec raison lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, d'opérations répétées pendant le cours de plusieurs années; que s'il est rationnel d'attendre le résultat d'une affaire pour en partager les bénéfices et les pertes, il est aussi d'une nécessité impérieuse que les associés, dans des opérations de la nature et de l'importance de celle dont il s'agit, se tiennent réciproquement compte à des époques déterminées, soit par la convention, soit par l'usage, des résultats accomplis; que dès que la loi et la jurisprudence reconnaissent la validité de participations aussi considérables, il faut bien les admettre

avec toutes les conséquences que commandent les nécessités du commerce;

« Attendu que renvoyer le remboursement des pertes à l'époque de la liquidation serait opérer contrairement à tous les errements suivis, contrairement à la prudence la plus vulgaire, et faire supporter à l'un des associés seulement un découvert qui doit peser sur tous, etc.[1]. »

SECTION II.

DES CONTESTATIONS ENTRE ASSOCIÉS ET DE LA MANIÈRE DE LES DÉCIDER.

ARTICLE 51.

Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres.

SOMMAIRE.

468. Historique de l'arbitrage forcé, motifs qui l'avaient fait admettre.

469. Débats qu'il souleva lors des travaux préparatoires du C. de comm. et dans le sein dn Conseil d'Etat.

470. Appréciation de son caractère. Ses inconvénients.

471. Son utilité.

472. Caractère de l'incompétence du tribunal de commerce à l'endroit de l'art. 51.

473. L'art. 51 régit toute espèce de société, sans excepter l'association en participation.

474. Contestations qui peuvent naître, celles relatives à l'existence de la société sont déférées au tribunal de commerce.

[1] J. D. P., 1, 1846, p. 329.

468. Le législateur, qui vient d'indiquer les diverses espèces de sociétés et leurs conditions caractéristiques, s'occupe de la juridiction à laquelle il appartiendra de prononcer sur les contestations dont chacune d'elles peut devenir l'origine et la cause. Il importait au commerce d'avoir dans tous les cas une solution prompte et à moins de frais possibles. Espérant trouver l'une et l'autre dans l'arbitrage, l'ordonnance de 1673 l'avait

rendu obligatoire en matière de société. C'est ce que notre Code fait encore aujourd'hui.

En Italie, l'arbitrage était souvent appelé à résoudre les différends sociaux, mais il était purement facultatif pour les parties, pour les tribunaux eux-mêmes. Ainsi, en principe, la juridiction consulaire était investie du droit d'en connaître; mais elle pouvait, quand l'affaire n'était pas de nature à ce qu'il pût y être statué dans un court délai, la renvoyer à la décision souveraine de marchands faisant le même commerce [1].

En France, un édit de François II, d'août 1560, avait enlevé aux tribunaux ordinaires la connaissance des procès entre marchands, pour lesquels il rendait l'arbitrage obligatoire; mais cet édit, antérieur à l'organisation générale des tribunaux consulaires, ne survécut pas à celle-ci : ces tribunaux étaient, en effet, naturellement appelés à juger les procès de cette nature.

On ne faisait même à cette époque aucune distinction pour les contestations sociales. C'est ainsi qu'en instituant la juridiction consulaire dans des localités spéciales, les ordonnances lui déféraient expressément les différends entre associés; mais déjà l'usage de l'arbitrage était assez répandu pour qu'on crût devoir le rendre obligatoire par une clause expresse de l'acte social, clause qui ne devint d'ailleurs une obligation que du jour de la promulgation de l'ordonnance de 1673.

469. Devait-on persister dans les errements de cette

[1] Fremery, p. 65.

ordonnance? Cette question, soumise, lors du projet du Code de commerce, aux cours, tribunaux, chambres et conseils de commerce, fut diversement résolue. Au premier rang des opposants se plaçaient le conseil et le tribunal de commerce de Bruxelles, le conseil de commerce de Lyon, celui de Rouen, les tribunaux de commerce d'Ajaccio, de Nancy, de Bordeaux. *L'arbitrage forcé*, disait ce dernier, *est une ancienne erreur contre laquelle l'expérience nous a prémunis, et qu'il faut détruire.*

Ce sentiment se fit jour dans la discussion au Conseil d'Etat. L'arbitrage forcé y était combattu sous un double rapport. Loin de simplifier ou d'accélérer l'expédition des affaires de commerce, disait M. Corvetto, il ne fera que l'embarrasser et la ralentir. En conséquence, la loi doit se borner à permettre cette voie amicale, les associés bien intentionnés en useront avec avantage; ceux qui ne le sont pas en abuseraient pour éterniser les procès.

Il résulterait souvent de l'arbitrage forcé des frais inutiles, ajoutait M. Jaubert, parce que le tribunal renverrait devant arbitres des contestations d'un mince intérêt, et qu'il aurait pu juger directement.

Ces considérations furent écartées, et le système de l'arbitrage forcé prévalut. On répondait que le remède aux retards et aux embarras qu'on paraissait craindre était dans une bonne organisation de l'arbitrage; que quant aux frais, il n'y en avait pas; que dès lors il était sans inconvénient de renvoyer aux arbitres les affaires d'un mince intérêt; qu'au surplus l'usage de

l'arbitrage forcé existait depuis des siècles; que l'ordonnance de 1673 n'avait fait que le convertir en loi; et qu'à raison de son antiquité même, il était difficile de l'abroger[1].

470. Certes, notre législateur n'a rien omis, soit dans le Code de commerce, soit dans le Code de procédure, de ce qui pouvait donner à l'arbitrage la meilleure organisation possible. Cependant, loin de réaliser les espérances qu'on s'en promettait, l'expérience, cette suprême épreuve des lois, est venue prouver combien étaient sérieuses les craintes qu'on avait conçues et manifestées.

Les associés mal intentionnés, ayant à redouter les suites de l'arbitrage, en abusent pour éterniser les procès. En cela ils ne sont souvent que trop aidés par les arbitres eux-mêmes. Malheureusement ceux-ci se considèrent, le plus ordinairement, bien plutôt comme les défenseurs des parties qui les ont choisis, que comme leurs juges. De là ces actes de complaisance que la partie ne réclamera jamais en vain; ces obstacles systématiques apportés à toute conclusion; heureux encore si on n'aboutit qu'à un procès-verbal de partage nécessitant la nomination d'un tiers arbitre, dont la mission suscitera à son tour un mauvais vouloir et une sourde et opiniâtre opposition.

Une autre cause de longueurs se trouve précisément dans la position même des arbitres. Chacun d'eux a ses occupations, ses devoirs, et même ses plaisirs, qu'il

[1] Locré, *Esprit du Code de comm.*, art. 51.

ne pourra ou ne voudra pas sacrifier ou négliger. Il ne s'occupera donc de la mission qu'il a acceptée qu'à temps perdu, ou dans un moment de relâche, ce qui ne favorise guère une prompte expédition, sans compter que le jour indiqué pour la réunion, si l'un est disponible l'autre ne l'est pas. Aussi est-il fort peu d'exemples d'un arbitrage jugé sans que les pouvoirs des arbitres aient dû être prorogés plus ou moins souvent.

Quant aux frais, c'est bien autre chose. Pour peu que l'affaire soit importante, les honoraires que les arbitres s'allouent vont bien souvent au delà de ce qu'il en aurait coûté devant le tribunal de commerce. N'oublions pas d'ailleurs que depuis longtemps l'arbitrage commercial est devenu une profession publiquement reconnue et avouée. Ne faut-il pas que l'arbitre de commerce trouve dans l'exercice de son industrie le moyen de vivre, lui et sa famille?

Il est vrai que la Cour de cassation n'a pas cessé de protester contre cette tendance, et qu'assimilant les arbitres forcés à des juges ordinaires, elle leur refuse le droit de percevoir des honoraires. Mais cette jurisprudence n'est pas destinée à prévaloir par la raison, faut-il bien le reconnaître, qu'elle est injuste. Comment, en effet, exiger que celui qu'on va chercher au milieu de ses occupations ordinaires, qu'on appelle à s'occuper d'affaires qui lui sont étrangères, le fasse gratuitement? Ne préférera-t-il pas avec raison consacrer dans son intérêt exclusif le temps qu'il devrait employer au service d'autrui.

La jurisprudence de la Cour de cassation ne peut

donc produire que ceci : ou rendre les fonctions d'arbitres inacceptables, ou engager ceux qui les accepteront à se faire payer d'avance, et sans laisser aucune trace, les honoraires qu'ils se contenteraient d'exiger après.

Tous les efforts tentés pour donner à l'arbitrage une bonne constitution n'ont pu encore en corriger les vices. On pourrait justement dire encore de lui qu'il offre tous les inconvénients de la justice ordinaire, sans aucune de ses garanties.

471. Le seul avantage réel que l'arbitrage peut avoir, c'est lorsqu'il s'agit, après une dissolution de société, d'en régler les résultats à l'encontre des associés, de statuer sur les réclamations dont le mode d'administration peut être l'objet. Les documents nombreux qu'il faut compulser et dépouiller ne permettraient pas au tribunal de statuer en audience et sur plaidoiries. Il serait donc obligé de choisir un rapporteur sur la foi duquel il serait quelque peu obligé de jurer. Les arbitres, au contraire, tenus de se livrer personnellement aux recherches que leur mandat nécessite, prononceront avec une plus certaine connaissance de cause que ne le ferait le tribunal. C'est là, nous le répétons, un avantage réel. Mais il était évident qu'en rendant l'arbitrage facultatif, qu'en permettant aux tribunaux d'y renvoyer, cet avantage était acquis, en même temps qu'on évitait, dans bien d'autres cas, des inconvénients non moins réels.

472. Quoi qu'il en soit, l'arbitrage forcé ayant été préféré, il est devenu la seule juridiction compétente

pour statuer sur les contestations entre associés et pour raison de la société. L'article 51, qui le décide ainsi, crée pour les tribunaux de commerce une incompétence absolue, à raison de la matière, pouvant dès lors être proposée en tout état de cause, pour la première fois en appel et même après conclusions au fond.

Il n'en était pas ainsi avant le Code. La Cour de cassation a en effet jugé que, sous l'empire de l'ordonnance de 1673, l'incompétence du tribunal devait, sous peine de déchéance, être proposée *in limine litis*.

Les nouveaux principes ayant rendu la matière des juridictions d'ordre public, et aucune dérogation directe ne pouvant la modifier, il n'était pas possible d'attacher un prix quelconque au silence des parties. A quelque époque donc que ce silence soit rompu, pourvu toutefois qu'il le soit avant la décision définitive, l'exception doit être accueillie et l'incompétence proclamée.[1].

473. Aucune distinction entre les diverses espèces de société ne doit être faite relativement à l'application de l'article 51. La participation est, quant à ce, placée sur la même ligne que les trois sociétés ordinaires. La consécration que ce principe a reçue dans sa généralité se retrouve dans toutes les espèces spéciales où la question a pu surgir.

Ainsi, il a été admis que la demande formée par un capitaine de navire, qui est en même temps associé en participation avec les armateurs, en payement des salaires qui lui sont dus comme capitaine, doit être con-

[1] Toulouse, 5 janvier 1824; Bordeaux, 21 mars 1832; Caen, 30 décembre 1840; Grenoble, 2 juillet 1844; J. D. P., 2, 1845, p. 764.

sidérée, quand le demandeur s'est réservé le commandement du navire par une clause expresse de l'acte social, comme une contestation entre associés, de la compétence exclusive des arbitres [1].

On a également jugé que le négociant qui a été chargé, par son correspondant, de réaliser une opération commerciale de compte en participation entre eux et un tiers désigné, est obligé de reconnaître ce tiers comme associé, quoique celui-ci n'ait nullement correspondu avec lui, à raison de l'opération. Par suite, il ne peut se refuser de se soumettre à des arbitres, à raison des opérations sociales dont le tiers participant demande compte, ni renvoyer celui-ci au correspondant qui a lié l'affaire en participation [2].

Enfin, la Cour de cassation a décidé, le 4 décembre 1839, que le mandat donné à l'un des participants, par suite d'une convention intervenue entre plusieurs individus, d'acheter en commun certains objets au nom de tous, ne doit être considérée que comme moyen d'exécution de la convention; que, dès lors, l'appréciation de son étendue ou de sa limite n'appartient qu'au juge de la contestation sociale elle-même, c'est-à-dire, aux arbitres forcés [3].

Il n'y a donc pas de doute, à l'endroit de la compétence; il en est de l'association en participation comme des sociétés en nom collectif, en commandite, ou anonymes. Les contestations qu'elles soulèvent entre les

[1] Bordeaux, 7 décembre 1831.

[2] Aix, 14 janvier 1835.

[3] J. D. P., 2, 1839, p. 569.

intéressés constituent des contestations sociales, et se placent naturellement sous l'empire de l'art. 51.

474. Les contestations qui peuvent naître à raison d'une société se rangeront nécessairement dans une des catégories suivantes : 1° celles relatives à son existence même ; 2° celles que soulève son exécution ; 3° celles qui naissent de sa dissolution ou qui la suivent. Il n'y a que les deux dernières catégories qui soient déférées aux arbitres.

Celles de la première catégorie doivent être appréciées et jugées par le tribunal de commerce. En effet, l'article 51, établissant une juridiction exceptionnelle, ne peut recevoir son exécution que dans les cas et aux conditions qui y sont prévus. Or, cet article ne renvoie à arbitres que les contestations entre associés, et à raison de la société. Comment retrouver ces conditions, lorsque le litige a pour objet l'existence de la société même, et tend à faire déclarer qu'il n'y a jamais eu ni associés, ni société ?

L'art. 51 suppose donc *à priori* l'existence certaine, incontestée d'une société ; conséquemment les arbitres ne seront compétents que si l'existence de la société est admise. Cette existence devient une question préjudicielle que les arbitres n'ont évidemment pas qualité pour résoudre [1].

La demande en nullité de la société, quel qu'en soit le motif, erreur, dol, violence, inexécution de la

[1] Pardessus, n[os] 1001, 1409 ; Nouguier, *Des Tribunaux de comm.*, t. II, p. 225, n. 21. Voir les nombreux arrêts qui y sont indiqués.

loi, est une contestation sur l'existence de la société. Par application de la règle que nous venons de rappeler, cette demande sera donc portée au tribunal de commerce.

475. Mais le mérite de la nullité apprécié, et la demande rejetée, la compétence du tribunal est épuisée. L'existence de la société reconnue, les difficultés qu'elle soulève deviennent des contestations entre associés, et pour raison de la société, que les arbitres doivent exclusivement juger. Le tribunal doit donc se désinvestir et délaisser les parties à se pourvoir comme de droit.

Si la nullité est admise, le résultat du jugement sera subordonné à la nature du litige sur lequel cette nullité a surgi. Si l'associé se plaint d'avoir été violenté; si son consentement n'est que le fruit de l'erreur, du dol et de la fraude, le tribunal, en consacrant son système, décide par cela même qu'il n'a jamais été associé. Quelles que soient donc les opérations réalisées par la société, elles lui sont complétement étrangères. Il a le droit d'exiger le remboursement de tout ce qu'il a versé, et ce remboursement, le tribunal a le pouvoir de l'ordonner.

Si l'action en nullité est intentée avant toute exécution, soit principalement, soit par exception à la demande en exécution, le résultat est le même; c'est-à-dire que la consécration de la nullité, ne laissant rien après elle, le jugement qui l'accueille termine toute contestation.

Mais si la nullité pour défaut de publication est de-

mandée longtemps après la mise à exécution de la société, cette nullité rendra la société impossible pour l'avenir, mais elle ne pourra l'effacer dans son passé. La victime de la violence, de l'erreur, du dol et de la fraude n'a jamais consenti valablement. Mais il n'en est pas ainsi dans l'hypothèse de l'omission des formalités de publication; en conséquence, la société a légalement existé jusqu'au jour du jugement d'annulation. Donc, après ce jugement, il y aura une liquidation sociale à faire, et nulle autre autorité que les arbitres ne pourra connaître des contestations qu'elle pourra faire sugir. Le tribunal de commerce devra donc, après avoir prononcé la nullité, renvoyer les anciens associés devant arbitres.

476. Les contestations pouvant s'élever pendant la durée de la société se référeront nécessairement aux droits et aux obligations de chaque associé.

La question de savoir si la mise de fonds a été faite, si elle a été satisfaisante et complète, les réclamations que pourraient susciter le mode d'administration du gérant, la demande de sa révocation, ou de sa condamnation en des dommages-intérêts, la confection des inventaires, la répartition annuelle des bénéfices, ou contribution aux pertes, la quotité des unes et des autres, tel sera le cadre dans lequel s'agiteront les prétentions contraires.

Toutes ces difficultés constituent bien des contestations entre associés, et pour raison de la société. Elles se placent donc nécessairement, et de plein droit, sous l'empire de l'article 51.

477. La dissolution de la société, en principe, peut constituer une grave contestation, lorsque, poursuivie par les uns, elle est repoussée par les autres. Quel sera le juge compétent pour prononcer ?

M. Nouguier enseigne que le tribunal de commerce est incompétent, d'une manière absolue et radicale. Il invoque à l'appui divers monuments de jurisprudence qui l'auraient ainsi décidé, notamment deux arrêts de la Cour de cassation du 21 août 1828, et 6 juillet 1829.

L'examen de cette jurisprudence nous a nettement indiqué que la conclusion de M. Nouguier était inacceptable dans sa généralité. En effet, notre question doit être résolue par une distinction des causes motivant la demande en dissolution.

Est-elle poursuivie à raison du vice de l'acte social, invoque-t-on le défaut d'acte écrit, l'incapacité d'une des parties, l'absence de toute publicité? La contestation porte réellement sur l'existence de la société, et le tribunal de commerce est seul compétent. Ainsi que nous le disions tout à l'heure, il s'agit alors d'une question préjudicielle jusqu'à la solution de laquelle les arbitres n'ont ni pouvoirs ni qualité.

La dissolution est-elle motivée sur l'inexécution de la part d'un ou de plusieurs associés, sur la mauvaise administration des gérants, ou sur ce que la perte aurait atteint le chiffre déterminé par l'acte social, c'est devant les arbitres qu'on doit procéder. La contestation ne roule plus sur le fait de la formation de la société. Elle a existé légalement, régulièrement, jusqu'à

sa dissolution. Le litige est donc réellement entre associés, et pour raison de la société [1].

Dans les espèces jugées par la Cour de cassation, la dissolution se plaçait dans notre seconde hypothèse. On la demandait dans l'une pour raison d'inexécution, dans l'autre parce que l'administration du gérant mettait en péril les droits des associés. C'est sur ce caractère surtout que s'appuie la Cour suprême pour consacrer la compétence arbitrale. « Attendu, dit l'arrêt de 1828, que les arbitres n'ont point prononcé sur l'existence même de la société, ou sur la validité de l'acte qui la constituait ; considérant, dit celui de 1829, que la contestation ne roulait pas sur l'existence du contrat de société qui n'était pas méconnue, etc... [2] »

Donc s'il s'était agi de l'existence de la société, de la validité de l'acte la constituant, on aurait reconnu que les arbitres ne pouvaient pas être investis de la connaissance du litige. Si le contraire est consacré, c'est que la société reconnue exister, il ne s'agissait que de déterminer les caractères de l'exécution qu'elle avait reçue, et les effets que celle-ci devait produire. Notre distinction est donc juridique, et doit servir à résoudre la question.

478. Quel que soit le motif pour lequel la société a été dissoute, de quelque autorité qu'en émane la déclaration ; s'agit-il d'une dissolution conventionnelle ; fût-elle déterminée par un de ces faits qui l'entraînent de plein droit, ses conséquences et toutes les contesta-

[1] Pardessus, n. 1001.

[2] D. P., 28, 1, 395, 29, 1, 288.

tions dont elle serait l'origine sont exclusivement déférées aux arbitres forcés.

Or, la première et la plus immédiate de ces conséquences est la nécessité de la liquidation pouvant faire surgir une grande, une importante difficulté.

La liquidation, conquête du dix-huitième siècle [1], était inconnue dans notre ancien droit. Du temps de Savary, la dissolution de la société était toujours suivie d'un partagee ffectif. *Il sera fait inventaire, et, les dettes payées, on partagera en nature les marchandises restantes, on tirera au sort les créances divisées en lots, sans aucun recours ensuite de l'un contre l'autre, quel qu'en soit le sort.* Telle est la doctrine que cet habile praticien enseigne et applique dans ses formules d'actes de société. Pothier témoigne à son tour de l'usage universellement suivi.

Il paraît qu'il en avait été de même en Italie. Suivant la doctrine de Casarégis, la dissolution de la société amenait le partage entre les associés. On laissait entre les mains du gérant de quoi satisfaire aux dettes de la société, chaque associé prélevait sa mise, et le reste était divisé comme bénéfice : *Et semel facta restitutione capitalium cum portione lucrorum cuilibet ex sociis, vel accomandantibus, relictis tamen aliis effectibus societatis vel accomanditæ, penes socium administratorem, vel accomandatarium, ad effectum satisfaciendi creditoribus societatis vel accomanditæ* [2]. Ce partage libérait même les associés, pourvu toutefois qu'il

[1] Fremery, p. 68.
[2] Discurs, 29, n. 39.

eût été fait *scientibus et patientibus creditoribus.*

Ce mode de procéder était au reste fort juridique ; il n'était que la conséquence du principe alors sans atteinte, que la société prenant fin, la fiction de l'être moral s'évanouissait, et faisait place à une indivision ordinaire. N'est-ce pas dans cette intention que les auteurs du Code Napoléon édictaient l'article 1872, appliquant au partage entre associés les règles du partage en matière de successions.

479. Au reste, un partage dans ces conditions, s'il pouvait être amiablement exécuté, n'offrirait pas de bien graves inconvénients, sauf le payement des dettes ; mais on ne peut guère compter sur l'entente des associés, d'abord parce que le moment de la dissolution est bien souvent celui de la discorde et de la haine, et que, comme le remarque M. Troplong, plus il serait utile de s'entendre, et moins on parviendra à obtenir des rapports pacifiques ;

Ensuite parce que le personnel de la société sera tellement nombreux, tellement disséminé, qu'il y aura souvent impossibilité matérielle d'agir en commun ;

Enfin parce que, dans ce personnel, peuvent se rencontrer des mineurs, des interdits ou d'autres incapables, ce qui sera un obstacle invincible à tout partage amiable.

Il faudra donc le poursuivre judiciairement et subir toutes les formalités édictées par la loi, surtout dans l'hypothèse d'associés mineurs ou incapables. En première ligne, l'apposition des scellés, c'est-à-dire l'interruption violente et forcée de toutes les opérations, au ris-

que de laisser la prescription s'accomplir en faveur de certains endossements, ou d'exposer la société à une déclaration de faillite, en se plaçant dans l'impossibilité d'acquitter sur-le-champ les traites à jour qui seront présentées.

Puis un inventaire régulier rédigé au fur et à mesure de la levée des scellés. Cette opération terminée, ajournement devant le tribunal, quelque nombreux que soient les associés; désignation d'un juge-commissaire; nomination d'un notaire, et choix d'experts chargés d'estimer les biens, et de déclarer s'ils sont partageables. Dans le cas d'affirmative, formation des lots. Dans l'hypothèse de la négative, licitation des immeubles; comparution devant le notaire pour les opérations ultérieures, et pour les comptes entre les copartageants; renvoi à l'audience pour les difficultés que ces comptes sont dans le cas de faire surgir.

Voilà, sans parler de la vente publique des meubles et des contestations que le payement des dettes peut entraîner, ce qu'est le partage, et l'on comprend comment des années entières peuvent s'écouler sans que rien ait été encore terminé.

480. C'est le désir de se soustraire à toutes ces longueurs incompatibles avec les exigences du commerce, contraires à son essence, qui a fait imaginer la liquidation.

Liquider, dans l'acception commerciale, signifie dégager l'actif brut des dettes qui le grèvent pour arriver à l'actif net. C'est là une opération que le partage a également pour objet de réaliser ; mais ce qui carac-

térise la liquidation, c'est que, par une fiction hardie, c'est la société elle-même qui va se charger de l'accomplir. Mort à toute idée de spéculation nouvelle, l'être moral survit pour les besoins de la liquidation; c'est pour son compte que le liquidateur agira, c'est en son nom que toutes les opérations seront faites. Seulement, pour édifier le public, l'emploi de la raison sociale devra être accompagné de ces expressions : *en liquidation.*

481. Les conséquences de cette fiction sont énormes. La société est censée continuer pour la liquidation. Les actes essentiels pour y arriver participent du caractère des opérations sociales, c'est-à-dire qu'ils sont régulièrement faits par celui qui a été chargé de la liquidation et qu'ils obligent par cela même les anciens associés, mineurs ou majeurs, peu importe.

Ainsi se trouve évitée la nécessité d'un partage judiciaire, le dissentiment n'est possible que sur le choix du liquidateur, et, dans le cas où il se réaliserait, les arbitres seront chargés de prononcer. Ce liquidateur est dispensé de requérir l'apposition des scellés, de faire un inventaire judiciaire. Quel que soit le personnel de la société, il vend tractativement les meubles, les immeubles mêmes, s'il y est autorisé. Dans tous les cas, la vente judiciaire poursuivie par la liquidation a ce résultat, relevé par M. Troplong, que l'acquéreur est dispensé de purger les hypothèques légales sur chacun des associés, ce qui serait d'ailleurs impossible dans les sociétés par actions, surtout au porteur.

En réalité donc, la liquidation est une exception au

principe suivant lequel une simple indivision remplace l'être moral, au moment où la société finit. Les conséquences rigoureuses de ce principe, incompatibles avec les besoins du commerce, jetaient celui-ci dans des longueurs, l'obligeaient à des formalités qui ne pouvaient que lui être préjudiciables. Cette exception a pour effet de s'opposer à la fin immédiate de la société qu'elle considère comme se perpétuant pour tout ce qui tend à en amener la liquidation. Le caractère juridique de cette exception ne saurait être méconnu. *La dissolution*, dit M. Fremery, *ne s'opère que par la volonté des associés. Ils sont donc maîtres de rompre seulement une partie des liens qui les unissent, on peut n'arriver que par degrés à une complète dissolution* [1]. Cette convention, la loi la fait résulter de la clause de l'acte social, stipulant que la dissolution donnera lieu à une liquidation.

482. Ainsi, et par rapport aux tiers, la liquidation équivaut à la continuation de la société [2]. Il est donc à regretter qu'on n'ait pas cru devoir en reconnaître législativement le caractère et les effets. La proposition de lui consacrer un titre spécial, faite par le tribunal et le conseil de commerce de Lyon, fut repoussée par la commission de révision. Si l'acte de société, disait celle-ci, n'a pas déféré la liquidation à l'un des associés, elle n'appartient de droit à aucun en particulier, elle est la propriété de tous, observation fort juste, mais qui n'était pas de nature à empêcher de régler les formalités à

[1] Page 69, note.
[2] Douai, 17 juillet 1841; J. D. P., 2, 1841, p. 382.

suivre dans tous les cas, à convertir en loi ce qui est consacré par un usage depuis longtemps universel.

483. Au reste, ce qui prouve que le législateur a implicitement consacré cet usage, c'est que l'article 64 va bientôt s'occuper des associés liquidateurs. La généralité de ce texte a même fait penser que la liquidation était forcée dans toutes les hypothèses, ce qui est une flagrante erreur.

En effet rien n'empêche de s'abstenir d'y recourir, les associés peuvent stipuler qu'à la dissolution de la société il sera procédé au partage en nature des facultés lui appartenant, convenir que ces facultés seront vendues d'après un mode déterminé, arrêter tout autre mode de division qui leur paraîtrait utile ou convenable. La légalité de ces conventions ne pourrait être contestée, pas plus que leur caractère obligatoire.

La liquidation est donc purement facultative. En droit, elle appartient incontestablement à tous les associés indistinctement, car tous y ont un égal intérêt.

484. Mais une liquidation commune n'est pas toujours possible, même lorsqu'il n'existe qu'un petit nombre d'associés. La difficulté de s'entendre est une perpétuelle entrave qu'il est bon d'éviter. Aussi l'usage le plus universellement pratiqué est-il de nommer l'associé ou les associés qu'on entend charger de la liquidation.

Cette stipulation du pacte social doit être obéie. Personne autre que la personne désignée n'est apte à recevoir la qualité de liquidateur, à moins que, ayant eu la gérance de la société, cette personne ait admi-

nistré de manière à ce qu'on ait été contraint de lui enlever l'administration.

485. Dans cette hypothèse, dans celle où l'acte de société aurait omis de désigner le liquidateur, dans celle enfin où la personne désignée serait morte, ou refuserait d'accepter cette mission, il y a lieu de procéder à une nomination. Par qui cette nomination devra-t-elle être faite?

En première ligne, par les associés incontestablement. La liquidation entraîne avec elle des opérations telles, un maniement de fonds si considérable, qu'on ne peut contraindre les parties intéressées à accorder leur confiance à d'autres qu'à ceux qu'elles en ont elles-mêmes jugés dignes.

Mais, nous venons de le dire, la liquidation n'appartient de droit à aucun des associés; elle est la propriété de tous, elle ne peut donc être déférée par quelques-uns d'eux seulement. Tous ayant les mêmes droits, les mêmes titres, la majorité ne saurait lier la minorité. Pour être valable, la désignation du liquidateur doit être unanimement consentie. Un seul opposant suffirait pour qu'il y eût lieu à une désignation d'office.

Celle-ci appartient aux arbitres. Les contestations que le choix du liquidateur peut susciter s'agitent réellement entre associés, et pour raison de la société. C'est donc aux arbitres que les associés doivent s'adresser, le cas échéant.

Dans la mission qui leur est départie dans cette hypothèse, les arbitres ont la plus entière, la plus absolue

liberté, la plus grande latitude. Ils peuvent choisir un associé, ou les exclure tous, et préposer un tiers étranger. Leur pouvoir à cet égard n'a d'autres limites que les inspirations de leur conscience.

Sans doute, il est de convenance de préférer un associé à un étranger; de prendre parmi ceux-ci celui qui a été gérant, et qui connaît le mieux toutes les affaires. Mais des motifs graves peuvent commander la conduite contraire. Où trouvera-t-on plus de garanties d'impartialité et de bonne administration que chez celui qui, n'ayant aucun intérêt personnel engagé, ne pourra être mû que par l'intérêt général et commun de tous les associés? La désignation d'un tiers étranger répond si bien aux susceptibilités de ces derniers, qu'elle est souvent réclamée par tous.

486. Associé ou non, le liquidateur a des devoirs à remplir. Le premier de tous est de se conformer exactement aux pouvoirs qui lui ont été conférés, soit dans l'acte social, soit dans la convention qui l'a élu. Dans le doute sur la portée et la limite du mandat, on doit se prononcer dans le sens favorisant le mieux la liquidation.

En l'absence de toute stipulation expresse, quels seront les pouvoirs dont le liquidateur pourra disposer? La controverse que cette question avait d'abord soulevée tend à s'effacer. On semble devoir s'accorder sur le principe; mais on discute encore sur quelques conséquences d'application.

En droit, le liquidateur est le mandataire des associés. En cette qualité, il devrait subir les règles que le

droit commun impose au mandat, notamment la disposition de l'article 1988 C. Nap.

Or, évidemment le mandat de liquider est un mandat général. Donc il ne devrait valoir que pour les actes de simple administration.

Mais, dans toutes circonstances, la rigueur du droit commun s'efface devant les exigences du commerce. Or, dans notre hypothèse, indépendamment des exigences générales, il y avait un besoin spécial à satisfaire, celui de la liquidation elle-même. Liquider, c'est réaliser l'actif, éteindre le passif. L'un et l'autre exigeaient des actes de disposition, dont le refus était la négation de la faculté de liquider.

On a donc admis une exception à l'article 1988. En matière de liquidation, le mandat général n'a d'autres limites que les usages du commerce.

Ainsi, on a admis en jurisprudence que le liquidateur ayant, sauf restriction spéciale dans ses pouvoirs, le droit de prendre toutes les mesures que commandent les intérêts et les usages du commerce, pouvait consentir un nantissement de marchandises au profit d'un créancier; qu'ainsi il peut valablement, lorsque, dans une vente de marchandises faite à la société, un tiers s'est porté garant de celle-ci, à condition que les marchandises lui seraient remises en nantissement, réaliser le gage en faveur de ce tiers, bien que les termes de payement de la vente ne soient pas encore échus [1].

[1] Paris, 17 mars 1849; J. D. P., 1, 1849, p. 611.

Par application du même principe, il a été jugé que le liquidateur peut faire traite en règlement sur les débiteurs de la société, et que ces traites engagent la société vis-à-vis des tiers auxquels elles sont négociées [1].

Les pouvoirs d'un liquidateur sont donc plus étendus que ceux d'un mandataire général ordinaire. Pour lui il a, en recevant sa mission, été investi du droit de faire tout ce que celle-ci exige dans les limites des intérêts sociaux et des usages du commerce. Ainsi, il est capable d'acheter, si les besoins de la liquidation le demandent ainsi, de vendre les marchandises ; de terminer toutes les opérations commencées ; d'exécuter les marchés consentis par la société, de contraindre l'exécution de ceux contractés en sa faveur, le tout sans être obligé de remplir aucune formalité. En un mot, le liquidateur ne peut plus faire activement le commerce, mais il peut et doit prendre toutes les mesures indispensables pour amener à bonne fin la liquidation dont il est chargé.

487. La Cour d'Aix a fait une saine, une juste application de ce même principe, en décidant, le 5 avril 1832, que le liquidateur d'une société commerciale, nommé par jugement, a droit et qualité pour poursuivre en son nom seul toutes les actions de la société.

De là cette conséquence, que les jugements rendus contre lui sont opposables aux associés, qui ne peuvent les frapper de tierce opposition. Ainsi, lorsqu'un créancier d'une société de commerce a obtenu contre

[1] Paris, 29 août 1849; J. D. P., 2, 1849, p. 174.

le liquidateur général de cette société un jugement liquidant sa créance, et en prononçant la condamnation contre tous les associés solidairement, la signification de ce jugement, faite au liquidateur en sa qualité, suffit pour faire courir les délais de l'appel contre les associés solidaires auxquels le jugement n'a pas été individuellement signifié[1].

488. Voilà donc la mission du liquidateur; il a, en réalité, le droit d'administrer. Il peut également disposer du mobilier, des marchandises, et les vendre dans l'objet et le but de réaliser l'actif et d'éteindre le passif. La faculté d'aliéner n'est, dans cette circonstance, qu'une conséquence de la nature de l'opération. Elle ne se rattache à aucune idée de propriété. Cette distinction est décisive lorsqu'il s'agit de décider si le liquidateur a le droit de transiger ou de compromettre.

La faculté de transiger et de compromettre suppose le libre exercice des biens, droits et actions sur lesquels on compromet. Or, cet exercice n'étant accordé au liquidateur que dans un but déterminé, on doit résoudre négativement la question que nous venons d'indiquer[2].

489. Cette solution de la jurisprudence est expressément approuvée par M. Troplong; mais elle est combattue par les jurisconsultes qui se sont plus spécialement occupés du droit commercial, notamment par MM. Horson, Vincent et Pardessus. Ce dernier enseigne

[1] Rouen, 12 avril et 26 août 1845; J. D. P., 1, 1848, p. 651; voir Paris, 28 février, 1809.

[2] Cass., 15 janvier 1812; Paris, 18 juin 1828.

que, sans le droit de compromettre et de transiger, la liquidation deviendrait impossible dans divers cas. On ne peut croire, ajoute-t-il, qu'en prenant des mesures pour effectuer leur liquidation, les associés aient entendu ou voulu qu'elle ne pût jamais être faite par des voies amiables [1].

Cette objection ne saurait prévaloir sur les principes invoqués par la Cour de cassation. Il peut même paraître fort inutile de recourir à une interprétation intentionnelle lorsque le fait est décisif. Les associés ont le droit de conférer au liquidateur tous les pouvoirs dont ils pourraient user eux-mêmes, notamment celui de compromettre et de transiger. S'ils l'ont voulu et entendu ainsi, pourquoi ne s'en sont-ils pas expliqués? Le silence qu'ils ont gardé peut donc, sans trop de témérité, être considéré comme un refus.

Les auteurs que nous combattons parlent de l'usage commercial autorisant le liquidateur à compromettre ou transiger. Il est possible que, dans bien des cas, les associés aient ratifié les actes du liquidateur. Mais cette tolérance, déterminée par la bonne foi de celui-ci, ou par les résultats heureux qu'il a obtenus, ne saurait constituer cet usage, qui prédomine sur la loi elle-même. Il suffit que de loin en loin des réclamations se produisent et soient accueillies, pour que la loi sur laquelle elles sont fondées ait conservé toute son autorité, et ne puisse être considérée comme tombée en désuétude.

[1] N. 1075.

490. Le liquidateur ne peut donc ni compromettre ni transiger sans pouvoirs exprès. Peut-il souscrire ou endosser des effets de commerce?

La création d'une valeur quelconque suppose chez celui qui la souscrit la faculté d'emprunter. Cette création, en effet, ne sera que la preuve de l'emprunt, que l'instrument qui en consacrera l'existence.

Or, le liquidateur n'a pas le droit d'emprunter. Dès lors, les effets de commerce créés uniquement dans ce but ne pourraient engager valablement les associés qui ne les auraient pas autorisés.

Mais la création d'effets de commerce peut avoir un autre motif qu'un emprunt. Nous venons de voir que le liquidateur peut tirer en règlement sur les débiteurs de la société. Ce tirage se fera au moyen d'effets de commerce à l'ordre d'un tiers. Le droit d'exécuter l'opération emporte la faculté de créer les billets, dont le payement pourra être poursuivi contre les associés si, par le refus du tiré, ils faisaient retour.

Ce qui distingue cette dernière opération de l'emprunt, c'est que l'une est la conséquence inévitable de la liquidation, et rentre dès lors essentiellement dans la mission du liquidateur. L'autre, au contraire, n'entre ni directement ni indirectement dans cette mission. Si, pour les besoins de la liquidation, le liquidateur est dans la nécessité de se procurer d'autres ressources que celles mises à sa disposition, il doit s'adresser aux coassociés, et obtenir d'eux soit des avances, soit l'autorisation d'emprunter. Cette différence explique comment les effets créés, nuls dans l'hypothèse d'un emprunt, sont

valables dans celle d'une négociation sur les débiteurs sociaux.

Par identité de motifs, il faudrait, ce semble, décider que le liquidateur peut valablement endosser les valeurs du portefeuille de la société. Mais ce droit est fortement dénié.

491. M. Fremery le conteste, parce que, à ses yeux, négocier un effet de commerce pour s'en procurer la valeur, c'est emprunter sur sa signature, accompagnée de celle des endosseurs, tireur et accepteur; c'est augmenter la masse des obligations sociales, ce que le liquidateur n'a pas le droit de faire, même alors que la négociation a lieu pour payer une dette sociale venue à échéance. Tout ce qu'il a à faire dans ce cas, c'est de prévenir les associés, pour qu'ils avisent à leur libération; et de même qu'il ne pourrait emprunter pour la payer, de même il ne peut négocier les valeurs sociales [1].

492. C'est cette opinion que M. Troplong embrasse. Le liquidateur, enseigne-t-il, est chargé de payer les dettes existantes, mais non pas d'en contracter de nouvelles. Emprunter, c'est commencer une opération; sous un autre point de vue, c'est déplacer le passif; l'augmenter même très-souvent, ce n'est pas le liquider. Quand une dette est arrivée à échéance, et qu'il n'y a pas de valeur suffisante pour l'acquitter, le liquidateur n'a qu'une chose à faire : c'est d'avertir les associés, pour qu'ils avisent à leur libération. S'ils ne payent pas, les créanciers les poursuivront; mais le

[1] P. 70.

liquidateur n'est pas chargé de s'interposer pour prévenir ce résultat[1].

Enfin, M. Horson adopte le même avis, parce que le système contraire exposerait à d'immenses dangers les anciens associés, en ce qu'il pourrait arriver que le liquidateur endossât des valeurs douteuses, ou même se fît souscrire par des gens peu solvables des engagements dont il s'approprierait le montant, après les avoir négociées[2].

493. Ecartons, avant toute discussion, cette dernière considération, ne pouvant fournir un argument sérieux, précisément par l'étendue qu'on pourrait lui donner. Il serait facile, en effet, de l'opposer à toutes les opérations incontestablement confiées au liquidateur. Pourquoi ne lui refuserait-on pas de vendre les marchandises, de retirer les créances? Ne pourrait-il pas dissimuler le prix, se l'approprier ainsi que le montant des créances?

En réalité, il n'est pas de gérant, d'administrateur, de mandataire, qui ne soit en position de faire beaucoup de mal si, désertant les errements de la loyauté et de l'honneur, il veut abuser des fonctions qui lui sont confiées.

Mais cet abus ne peut se présumer, car c'est à la partie intéressée qu'il appartient de le prévenir, en n'accordant sa confiance qu'à celui qui en est réellement digne. Le motif invoqué par M. Horson n'a donc rien de sérieux, rien surtout de décisif.

[1] N. 1012.

[2] *Quest. sur le Code de comm.*, § 9 et 11.

Au fond, le système que nous combattons refuse au liquidateur une faculté inhérente, inséparable de toute liquidation. Le portefeuille est confié au liquidateur, les valeurs qu'il renferme doivent être réalisées, sous sa responsabilité. Or existe-t-il, pour les valeurs payables dans des lieux autres que le domicile de la société, un autre moyen de les réaliser que la négociation?

Ce n'est pas celle-là que nous contestons, dira-t-on peut-être. Cependant le résultat peut être le même que dans celle faite pour payer une dette. En effet, l'argent reçu sans affectation spéciale au moment de la négociation peut avoir été employé depuis. De manière que le retour de la traite impayée se réalisant, la caisse se trouvera vide, et le porteur obligé de recourir contre tous les associés.

Mais est-il vrai que la négociation anticipée constitue un emprunt? L'affirmative ne saurait être admise qu'en confondant deux opérations essentiellement distinctes. Ce qui caractérise l'emprunt, c'est que la somme, arrivant entre les mains de l'emprunteur, devra être restituée, quelle que soit l'échéance convenue. Ce remboursement est dans l'intention des parties, dans la nature même des choses. Dans la négociation d'une valeur de portefeuille, au contraire, il n'impose qu'une obligation conditionnelle. La nécessité de rembourser n'existera que si le débiteur cédé refuse de payer. S'il paye, tout est fini; la dette et la créance sont à jamais éteintes.

En droit, la négociation d'un effet commercial est un mandat donné à un tiers de toucher une somme quel-

conque due au mandant. Nous verrons bien tout à l'heure que le liquidateur ne peut s'en adjoindre un autre, ni substituer sa mission, en tout ou en partie, en faveur d'un tiers. Mais faire par mandataire ce qu'il ne peut faire par lui-même, c'est un pouvoir qu'il a incontestablement reçu lorsqu'il est entré en fonctions, et par cela seul que ces fonctions lui ont été déléguées.

Donc, en négociant, le liquidateur use d'un droit. Il y a mieux; dans l'application qu'il en fait, il s'acquitte d'un devoir. Réaliser l'actif, c'est ce qui l'a fait élire; payer les dettes, c'est là l'unique motif qui en amène la nécessité. Or, ce qui est dévolu à ce payement, ce sont toutes les ressources sociales, sans distinction. Le liquidateur qui aurait reçu le payement d'un effet du portefeuille hésiterait-il à en appliquer le montant au payement d'une dette venant à échéance? Pourquoi donc, cette dette se présentant, ne chercherait-il pas, à défaut de fonds disponibles, le moyen de l'éteindre par une négociation? N'est-ce pas dans la prévision d'une pareille éventualité que le portefeuille a été mis à sa disposition? Puisque les valeurs qu'il renferme sont une propriété commune, pourquoi ne pas les employer à payer la dette commune?

Parce que, dit-on, la négociation augmentera le passif, parce qu'elle expose les associés à des recours ruineux. Nous n'admettons aucunement l'exactitude de ces objections. La négociation n'augmentera pas le passif, car ou le débiteur cédé paye, et tout est consommé : loin de contracter un nouvel emprunt, le liquidateur

a été payé d'une créance; ou le défaut de payement occasionne le retour de la traite, et dans ce cas, le liquidateur rendra ce qu'il a reçu, sans que les associés aient à subir aucun recours.

Si le montant de la négociation a servi à éteindre une dette sociale et ne peut être remboursé, le recours contre les associés existera, mais leur position n'aura pas changé. Le payement qu'on leur demande après la négociation, ils le devaient avant. Tout ce que la négociation aura occasionné, c'est de retarder les actes de poursuites, et de mettre par ce délai les associés à même de payer.

Ainsi, le système que nous soutenons n'a aucun des inconvénients qu'on lui prête si généreusement. En échange, celui que nous combattons en entraîne un fort considérable, à savoir celui de paralyser la liquidation en mains du liquidateur, au grand détriment des associés eux-mêmes; car, s'ils ne peuvent payer personnellement, les créanciers les poursuivront. Leurs exécutions porteront sur les effets sociaux, qu'on fera saisir et vendre. Que deviendra donc la liquidation ?

On veut qu'à défaut de fonds disponibles les associés interviennent directement et personnellement. Mais comment obtenir cette intervention et ce concours, pour peu que le personnel de la société soit nombreux et disséminé ? D'ailleurs, n'est-ce pas pour éviter cette intervention que la liquidation a été imaginée? L'exiger, c'est aller contre l'esprit de l'institution.

En résumé, le système que nous combattons tend à substituer la difficulté et les périls à la marche facile et

simple que le législateur a voulu adopter. Le liquidateur est chargé de réaliser l'actif, de payer le passif; les valeurs de portefeuille sont à réaliser, comme la marchandise elle-même, comme les autres effets mobiliers. Le liquidateur qui vendrait ceux-ci valablement pour éteindre une dette peut valablement, dans la même intention, négocier et réaliser les premières. Il n'use pas seulement d'un droit, il accomplit en outre un devoir. Nous sommes heureux de pouvoir placer notre conclusion sous le patronage de l'éminent M. Delangle [1].

494. Au reste, c'est dans ce sens que la jurisprudence paraît devoir se prononcer, qu'elle s'est déjà prononcée. La doctrine que nous combattons est réduite à une induction qu'elle puise dans les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1819. Cet arrêt reconnaît que le liquidateur n'a pas la capacité d'emprunter sans mandat spécial. Ce principe, nous l'acceptons; ce que nous contestons, c'est que la négociation d'une traite soit un emprunt, et l'arrêt ne dit rien de semblable.

Comme préjugé en faveur de notre opinion, nous pouvons d'abord invoquer un arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 1831. Dans cette espèce, un associé se prétendant liquidateur avait négocié des valeurs sociales. Cette négociation était querellée non pas comme excédant les pouvoirs du liquidateur, mais parce que l'associé qui l'avait consentie n'avait jamais eu cette qualité. La Cour de Paris, sur ce motif, avait annulé

[1] N. 690.

la négociation pour tout ce qui excédait la part de l'associé.

La Cour de cassation, saisie par un pourvoi, maintient l'arrêt de la Cour de Paris, attendu que celle-ci constate en fait que la société s'était dissoute sans qu'il fût nommé de liquidateur ; d'où il suit qu'en jugeant que l'associé n'avait pu agir en cette qualité, l'arrêt attaqué s'est déterminé par une appréciation de faits appartenant exclusivement à la Cour d'appel [1].

Evidemment, si l'associé avait été liquidateur, et qu'il eût agi en cette qualité, la négociation eût été validée. Cette conséquence résulte des termes mêmes des arrêts de la Cour de Paris et de la Cour de cassation.

Une induction plus directe, et bien plus puissante encore, va nous être fournie par un autre arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1835. Dans cette espèce, en effet, on décide que les traites souscrites par le liquidateur d'une société en son nom personnel, sans addition de la raison sociale, peuvent obliger solidairement les autres associés, s'il résulte des faits de la cause que la négociation de ces traites a été faite sans fraude, dans l'intérêt et pour compte de la société [2].

M. Troplong répudie l'autorité de cet arrêt. Il admet que, dans l'espèce, le liquidateur avait reçu des pouvoirs suffisants, ce qu'il induit de ce que l'arrêt constate que les pouvoirs du liquidateur n'étaient pas contestés. Cette interprétation est repoussée par l'arrêt lui-même.

[1] D. P., 31. 1, 200.
[2] *Ibid.*, 35, 1, 446.

Il en résulte, en effet, que, si on ne contestait pas les pouvoirs du liquidateur, ce n'était pas parce que celui-ci avait reçu la faculté de négocier pour la société, mais seulement parce qu'on reconnaissait que cette faculté était inhérente à ses fonctions. Voici ce qu'on disait à l'appui du pourvoi :

« En supposant que le liquidateur, agissant en cette qualité, ait conféré à celui avec qui il a traité une action solidaire contre les associés, dans le cas où les traites prouveraient par leurs contenus qu'elles avaient été causées pour et dans l'intérêt de la société, on ne pourrait jamais admettre que, par un acte séparé, éloigné, il eût valablement rendu commune à ses associés une convention qui lui était personnelle. »

C'est dans cette supposition que la Cour de cassation trouvait avec raison la reconnaissance des pouvoirs du liquidateur. L'autorité de l'arrêt nous est donc acquise, et son influence sur notre question est décisive. Si la négociation faite par le liquidateur en son propre et privé nom, de traites à son ordre, engage la société si elle a tourné à son profit, comment admettrait-on le contraire pour la négociation faite par le liquidateur, en sa qualité, pour payer les dettes de la société ?

La même induction se tire de l'arrêt de Paris du 29 août 1849, que nous citions tout à l'heure. Cet arrêt, consacrant le droit du liquidateur de faire traite en règlement sur les débiteurs de la société, et de négocier ces traites, lui reconnaît par cela même celui de négocier les valeurs de portefeuille.

Enfin, et par deux arrêts successifs des 12 avril et 26 août 1845, la question, nettement posée devant la Cour de Rouen, vient d'être expressément tranchée dans notre sens. Voici les considérations qui déterminent la Cour :

« Attendu que la liquidation d'une société consiste à réaliser l'actif pour acquitter le passif et partager ensuite le surplus entre les sociétaires; que, pour parvenir à ce résultat, le liquidateur, dont l'étendue du mandat ne se trouve fixée dans aucune loi, a nécessairement le pouvoir de vendre les marchandises appartenant à la société, d'en recevoir le prix, et de toucher toutes les sommes à elle dues; qu'il a aussi le droit de se faire souscrire des billets à ordre par les débiteurs de cette société, et de les négocier, ainsi que ceux qu'il aura trouvés en portefeuille, lors de son entrée en fonctions, dans le but, soit d'en faciliter le recouvrement, soit de se procurer des fonds dont il aurait besoin en sadite qualité; que si, comme on le prétend, cette dernière faculté lui était interdite, il serait exposé à être souvent paralysé dans sa gestion; que l'intention des anciens sociétaires n'est certainement pas d'apporter de telles entraves à des opérations que chacun d'eux doit désirer voir terminer le plus tôt possible; qu'on ne peut comprendre comment un liquidateur pressé de solder une dette due par l'ancienne société pourrait, afin d'éviter en même temps des poursuites onéreuses, et qu'aucune atteinte ne fût portée au crédit de la maison sociale, se servir, pour éteindre la dette, des fonds provenant du prix des marchandises ou des sommes

qu'il aurait touchées directement des débiteurs, et ne pourrait pas, dans les mêmes circonstances, faire usage du papier qu'il aurait en portefeuille; que sans doute le résultat, pour les anciens associés, pourrait n'être pas le même dans les deux cas, s'ils avaient affaire à un mandataire infidèle et insolvable, mais que des tiers, qui ne sont pas chargés de surveiller les opérations du liquidateur, ne peuvent supporter les conséquences du choix de ce mandataire, auquel ils n'ont pas participé, etc...[1]. »

Nous considérons donc la question comme ne pouvant être résolue que dans le sens que nous indiquons. On ne saurait le méconnaître sans se placer en contradiction flagrante avec l'esprit de la loi, avec la nature des choses elles-mêmes.

495. Ainsi, à l'égard des tiers, le liquidateur continue le gérant, en quelque sorte; non pas qu'il ait, comme celui-ci, la faculté de spéculer et d'entreprendre des opérations quelconques. Sa mission se borne à tout terminer pour, après liquidation entière, arriver à un partage définitif. Dans l'exécution de cette mission, il a capacité pour faire tous les actes qu'elle exige. Il peut donc terminer toutes les opérations commencées, vendre amiablement les marchandises, en acheter pour en faciliter l'écoulement, arrêter les comptes des débiteurs de la société, en exiger le solde, soit amiablement, soit judiciairement, escompter toutes les valeurs, les négocier, payer toutes dettes, faire en un mot tout

[1] J. D. P., 1, 1848, p. 651.

ce que l'apurement de l'actif social rend nécessaire.

Sans doute de tels pouvoirs dépassent ceux que l'art. 1988 confère. Mais ce n'est pas la première fois que les exigences du droit commercial dérogeraient à la rigueur des principes ordinaires. Or, ces exigences font du mandat du liquidateur un mandat *sui generis*, et cela, non-seulement quant à son étendue, mais encore à l'endroit de ses effets. Ainsi, si la liquidation exige que l'établissement social soit exploité jusqu'à la fin, et que le liquidateur se charge de le gérer et administrer, il devient personnellement responsable, et solidairement tenu des engagements qu'il a pu contracter à cette occasion [1].

C'est là une dérogation énorme aux règles du mandat ordinaire. Dans celui-ci, en effet, le mandataire, se renfermant dans les limites de ses pouvoirs, n'oblige que son mandant. Or, même en consentant à gérer l'établissement social jusqu'à la vente, ou jusqu'à entière liquidation, le liquidateur n'agira jamais que pour le compte d'autrui, et cependant, fût-il étranger à l'ancienne société, on n'hésitera pas, dans ce cas, à le rendre directement tenu de sa gestion.

En mandat ordinaire, le mandataire peut s'adjoindre ou se substituer une autre personne, à la charge de répondre de ses actes. Le liquidateur ne peut faire ni l'un ni l'autre sans le consentement exprès des intéressés. Les fonctions de liquidateur ne peuvent être conférées que par les associés, ou par jugement. Il ne

[1] Paris, 26 mars 1840 et 28 avril 1841 ; J. D. P., 1, 1840, p. 669; 1, 1841, p. 619.

peut donc pas être que celui qui a été choisi transmette à un autre un titre de confiance qui lui est tout personnel. Les opérations et le maniement de fonds qu'une liquidation entraîne justifient cette dérogation au droit commun [1].

Comme conséquence, on décidera, dans le cas où, au mépris de ses obligations, le liquidateur se serait adjoint ou substitué un tiers, que celui-ci n'a aucune action contre les associés pour répétition des avances et frais qu'il a pu faire. Il ne pourrait recourir contre eux qu'en vertu de l'art. 1166 Cod. Nap., et comme exerçant les droits du liquidateur. Mais, dans ce cas, on pourra l'écarter par toutes les exceptions opposables à celui-ci.

Enfin, la jurisprudence a consacré une autre modification. En principe ordinaire, le dol ou la fraude du mandataire ne peut ni profiter ni nuire au mandant. Celui-ci n'est jamais responsable des actes revêtant l'un ou l'autre caractère. Le contraire a été admis pour le liquidateur. On déclare les associés responsables du choix qu'ils en ont fait; on leur refuse en conséquence le droit d'invoquer l'art. 1988, pour répudier les effets du dol ou de la fraude et les rejeter sur les tiers de bonne foi, victimes de ces machinations.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que les associés sont responsables de la fraude pratiquée par le liquidateur envers une compagnie d'assurances contre l'incendie, soit en exagérant sciemment le montant du sinistre,

[1] Aix, 11 janvier 1828.

soit en supposant détruits par le feu des objets non existants au moment de ce sinistre. Comme conséquence, elle consacre la nullité de l'assurance, et prive la société de la juste indemnité qui lui était due, parce qu'il avait plu au liquidateur d'en exagérer frauduleusement les proportions [1].

496. Nous avons donc raison de le dire, la liquidation est un mandat *sui generis*, obéissant tour à tour aux règles du droit commun et aux usages du commerce. Il faut surtout que le but qu'elle se propose soit atteint. Elle doit donc être considérée comme attributive du pouvoir de réaliser les actes indispensables pour atteindre à ce résultat. C'est cette idée qui doit sans cesse dominer l'appréciation des actes de disposition que le liquidateur a pu faire des mobilier, argent, marchandises, créances, sans distinction.

497. Quant aux immeubles, il n'est pas douteux que leur aliénation ne rentre dans les pouvoirs du liquidateur, leur réalisation pouvant être indispensable pour arriver, soit au payement intégral des dettes, soit à un partage définitif. Le liquidateur a donc le droit de faire vendre les immeubles, mais judiciairement. La vente tractative, comme l'affectation hypothécaire, ne saurait être valable que si les associés ont formellement autorisé l'une ou l'autre.

Ce principe, que la Cour de cassation consacrait le 2 juin 1836, elle l'avait formellement reconnu le 3 août 1819, en jugeant qu'à défaut d'un pouvoir spécial,

[1] Cass., 14 juin 1847; J. D. P., 1, 1848, p. 43.

la vente immobilière, amiablement consentie par le liquidateur, ne valait que pour la part que celui-ci avait à prétendre sur l'immeuble.

498. A côté de cette règle, ce dernier arrêt en consacre un autre qui ne manque pas d'importance. Si le liquidateur d'aujourd'hui est le gérant d'autrefois, et qu'en cette qualité il ait reçu le pouvoir de vendre les immeubles de la part de ses coassociés, ce pouvoir suffirait pour l'autoriser à les vendre comme liquidateur. La dissolution de la société n'a aucune influence sur le mandat consenti, lorsque celui qui l'a reçu comme gérant devient liquidateur. On doit d'autant plus le décider ainsi, que bien souvent le mandat n'aura été donné qu'en vue de la dissolution, et pour faciliter la liquidation. Il vaut donc jusqu'à révocation expresse, et la vente faite avant celle-ci doit être respectée et maintenue.

499. En résumé, l'acte social, ou celui de nomination, peut conférer aux liquidateurs les pouvoirs les plus étendus. A cet égard, les droits des intéressés n'ont d'autres limites que leur propre capacité; ils peuvent faire faire pour eux tout ce qu'ils pourraient faire eux-mêmes directement.

Si l'acte est muet, les pouvoirs du liquidateur sont régis par la nature même de la mission qui lui est confiée. Tous les actes ayant pour résultat de réaliser l'actif et d'éteindre le passif peuvent être légalement accomplis par lui, mais par les voies ordinaires seulement.

Ainsi, il ne peut ni compromettre ni transiger. Co-

rollaires du droit de propriété, ces deux facultés ne sont pas d'ailleurs de l'essence de la liquidation.

Il ne peut emprunter ni vendre tractativement les immeubles, moins encore les grever d'hypothèque, sans un pouvoir spécial et exprès.

Mais il peut vendre les marchandises, réaliser les créances, payer les dettes, négocier les effets; car, à ces conditions seulement, la liquidation est possible. D'ailleurs, l'intérêt des tiers devant avoir des relations avec le liquidateur l'exigeait ainsi pour pouvoir agir avec quelque certitude.

500. Relativement aux associés, la liquidation a pour objet de déterminer les droits de la société vis-à-vis de chacun d'eux, et de les contraindre à l'exécution stricte de leurs engagements. Or, cette détermination, c'est le liquidateur qui doit l'opérer; cette exécution, c'est lui qui doit la poursuivre par toutes les voies, même par contrainte judiciaire.

C'est ici que se manifeste avec la plus grande certitude cette conséquence que nous indiquions tout à l'heure, à savoir que l'existence d'une liquidation fait exception à la règle suivant laquelle la dissolution entraîne la disparition de l'être moral. La preuve que la liquidation le conserve uniquement pour ses propres besoins, c'est qu'en réalité le liquidateur le représente, en est le mandataire. Concevrait-on autrement les obligations qui lui sont imposées à l'endroit des associés? Pourrait-il, s'il était leur mandataire, plaider contre eux, les faire condamner, les contraindre au payement? C'est donc réellement la société qui se survit dans la

personne du liquidateur. Cela explique sa position à l'égard des tiers, ses droits vis-à-vis des associés, qui, responsables de la gestion dont ils ont pu être chargés, qui, tenus des engagements qu'ils ont souscrits, ne sauraient lui contester le droit de les contraindre à se libérer ou à rendre compte en ses mains.

Le liquidateur a donc, en ce qui concerne les associés, la mission d'accomplir, avec ou contre eux, tout ce qui doit préparer et amener le partage, dernière et suprême opération de toute société. Or, la composition de la masse active est un préalable indispensable.

501. Cette masse comprend tous les meubles, effets mobiliers, marchandises restant invendus, l'argent en caisse, le prix encore dû des objets vendus, les créances réalisées, celles existant encore en portefeuille. Elle se compose, en outre, des immeubles en nature et du prix de ceux qui ont été aliénés.

A côté de ces éléments principaux figurent les dettes personnellement dues par chaque associé, et dont le liquidateur a opéré les règlements. Ces dettes peuvent se rapporter à la mise de fonds à fournir par chacun d'eux.

Celui qui ne l'a pas encore effectuée est débiteur non-seulement du capital, mais encore des intérêts du jour où il a dû en opérer le versement. En cette matière, la loi fait courir ces intérêts de plein droit [1], et c'était justice. De ce jour-là, en effet, la mise n'appartient plus privativement à celui qui s'est engagé à la

[1] Art. 1846 C. Nap.

verser. Elle devient une chose commune dont les produits doivent profiter à tous. Elle ne profiterait qu'au débiteur, si celui-ci n'en donnait pas de plein droit les intérêts, ce qui serait un encouragement à en retarder le versement le plus longtemps possible.

Chaque associé doit encore rapporter à la masse : 1° tout ce qu'il a pris dans la caisse sociale pour l'appliquer à son usage personnel. Dans cette hypothèse, l'article 1846 C. Nap. fait également courir l'intérêt de plein droit du jour de l'emprunt fait à la caisse, toujours par la raison qu'un seul associé ne saurait profiter de la chose commune ;

2° Le solde de son compte courant avec la société ;

3° Les sommes qu'il a pu recevoir des débiteurs de la société, soit avant, soit après la dissolution pour la part afférant à ses associés.

Un autre élément de l'actif social est formé par les restitutions que les associés gérants peuvent avoir à opérer, par suite du règlement de leur compte de gestion ; par les dommages-intérêts dus par eux ou par tout autre associé, en réparation du préjudice que leur faute aurait occasionné à la société.

502. La masse à partager ainsi composée, il est procédé au partage effectif entre tous les intéressés. Aux termes de l'article 1872 C. Nap., ce partage est assimilé à celui sur succession, astreint à ses formes, soumis à ses effets. Mais nous allons retrouver ici les exigences du droit et des usages du commerce, et les modifications qu'ils ont fait subir aux règles du droit commun.

Nous en avons déjà signalé une, à savoir la dispense de l'apposition des scellés lors de la dissolution, alors même qu'il existerait des associés mineurs. Le commerce ne peut subir ces brusques et violentes interruptions, qui jetteraient la société dans les plus grands périls, sous prétexte de veiller à la conservation de certains droits.

503. *Seconde modification; inapplicabilité de l'article* 815 C. Nap. La durée de l'indivision sociale, ses conditions, sa rupture, sont expressément et souverainement réglées par les articles 1865 et 1869 C. Nap. On ne peut dès lors, pour ce qui les concerne, s'en référer à d'autres dispositions. D'ailleurs, la durée même d'une liquidation commerciale ne saurait reconnaître des limites certaines; elle dépend exclusivement des circonstances.

504. *Troisième modification; inapplicabilité de l'article* 841 C. Nap. — La cession de tout ou de partie de l'intérêt social est nommément autorisée par l'art. 1861 C. Nap. Le législateur a cru devoir, en les concentrant entre le cédant et le cessionnaire, en régler les effets et les conséquences par rapport aux autres associés. N'aurait-il ainsi agi que pour permettre à ceux-ci de l'anéantir à leur gré ? M. Troplong enseigne la négative, avec infiniment de raison, suivant nous.

L'opinion contraire est soutenue par M. Pardessus; mais cet honorable jurisconsulte résout la question et ne la discute pas. On dirait qu'entraîné par les termes de l'article 1872, il lui suffit de trouver l'article 841, au

nombre de ceux auxquels renvoie le premier, pour en admettre l'application nécessaire.

Ce résultat, que nous contesterions à l'endroit des sociétés civiles elles-mêmes, nous paraît, à plus forte raison, inadmissible en matière de sociétés commerciales. En principe, le retrait étant une mesure hautement exceptionnelle ne peut être étendu d'un cas à un autre ; il doit être rigoureusement restreint dans la catégorie des personnes expressément indiquées comme devant le subir ou pouvant l'exercer. Or, l'article 841 ne parle que des héritiers, et l'article 1861 est muet sur le droit prétendu des associés.

Le silence de ce dernier n'est pas seulement l'effet du hasard. Les cessions d'intérêt peuvent, dans certains cas, être d'un puissant secours pour les sociétés. C'est dans cette prévision que le législateur a cru devoir s'en occuper. Pouvait-il donc se faire que condamnant le cessionnaire à courir la chance de perte, il ait voulu lui enlever celle du bénéfice? Il est, en effet, facile de prévoir que le retrait ne sera exercé que dans cette dernière hypothèse.

Ce résultat serait inique, surtout en matière commerciale. Ce qui constitue le commerce, c'est l'*alea* de chaque opération. Celui-là donc qui est appelé à courir la chance de perte ne saurait être privé de celle de profiter du bénéfice. C'est ce que signifie le silence que l'article 1861 garde sur le retrait.

A ces raisons tirées du texte de la loi s'en réunit une autre puisée dans son esprit. Le partage d'une succession entraîne avec lui la divulgation forcée de tous les

secrets de la famille. La loi a donc agi fort sagement lorsque, dans l'intérêt de celle-ci, elle n'a pas voulu qu'un tiers vînt s'y initier, pour en abuser plus tard. Dans cette circonstance, le retrait a une cause légitime et sérieuse. Quel en serait le motif dans la liquidation et le partage d'une société? Le secret des opérations commerciales? On le comprend tant que dure la société; mais celle-ci dissoute, il n'y a plus d'opérations, il n'y a plus de commerce: il ne reste que des résultats bons ou mauvais à partager. La présence d'un cessionnaire de l'associé ne pouvait et ne devait alarmer personne. Pourquoi donc l'écarterait-on [1]?

505. *Quatrième modification; inapplicabilité de l'article* 882.—Les créanciers ne peuvent attaquer, comme fait en fraude de leurs droits, le partage consommé. L'intérêt de la famille, le trouble que lui occasionnerait la résiliation du partage, ont dicté cette précaution au législateur.

L'attaque d'un partage social ne troublera jamais la famille. Seuls, les associés verront compromis en leurs mains des résultats que la fraude leur avait acquis, et dont la perte n'aura par elle-même rien que de très-légitime, que de très-juste.

Ce qui ne serait ni l'un ni l'autre, ce seraient les conséquences qu'entraînerait le système contraire; tout acte faisant cesser l'indivision équivaut à partage. On comprend dès lors que la nécessité d'échapper à de justes réclamations se traduira entre associés par une

[1] Troplong, n. 1059; Pardessus, n. 1085.

cession de droits, et qu'ainsi les créanciers auront perdu le droit d'attaquer le partage, avant d'avoir pu l'exercer. N'est-ce pas surtout en vue de ce résultat que la Cour de cassation trouve que, prétendre que l'article 1872 a pour objet de rendre l'article 882 applicable aux partages sociaux, c'est en blesser tout à la fois la lettre et le sens. Elle se refuse, en conséquence, à sanctionner cette application [1].

506. *Cinquième modification.* — Exception à la règle de l'art. 832. La loi veut, en matière ordinaire, que chaque lot comprenne, autant qu'il est possible, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur.

En matière commerciale et là où la totalité de l'actif se compose d'un matériel et des effets en dépendants, non-seulement on peut l'attribuer tout à un seul, mais encore on peut être contraint à le faire, sans indemnité à l'autre associé.

La faculté existe lorsque, à la liquidation de la société entre deux personnes, l'un des associés est reconnu créancier de sommes importantes; s'il demande à en être payé au moyen du matériel de la société et des effets mobiliers en dépendant, sa demande peut légalement être accueillie [2].

L'attribution est forcée lorsque la société avait pour objet l'exploitation d'une invention, devant, après dissolution, faire retour à son auteur ; les autres associés n'ayant pas le droit d'exploiter ne recevraient qu'une

[1] 30 novembre 1834.
[2] Cass., 29 mars 1836.

chose illusoire si on leur conférait une partie quelconque du matériel.

L'attribution est encore forcée lorsque la société, ayant pour objet un service ou une fourniture quelconque, doit être continuée sans interruption d'aucun genre. Or, la division du matériel amenant non pas seulement une interruption, mais souvent une cessation complète, il y a lieu de la repousser pour éviter le préjudice qui en résulterait.

Dans une espèce jugée par la Cour d'Angers le 27 décembre 1843, deux individus s'étaient associés pour l'éclairage de la ville du Mans. L'un d'eux, n'ayant pas rempli ses engagements, met l'autre dans la nécessité de poursuivre la dissolution. Sur sa demande, les arbitres lui confèrent la totalité du matériel d'exploitation, à la charge par lui de compter à son associé une somme déterminée.

Cette sentence est frappée d'appel par celui-ci. Devant la Cour, il insiste principalement sur la nécessité d'une liquidation effective, qui amènera la vente ou le partage du matériel d'exploitation ; mais l'arrêt qui intervint repousse cette prétention et confirme la sentence arbitrale, attendu que, vu la nature spéciale de la société, la liquidation entraînerait indubitablement l'interruption du service, et placerait l'adjudicataire sous le coup d'une condamnation ruineuse en dommages-intérêts[1].

Telles sont les modifications que subit le principe

[1] J. D. P., 1, 1844, p. 82.

édicté par l'art. 1872 C. Nap. On peut donc dire, avec vérité, ce que la Cour de Bruxelles constatait le 22 juin 1808, à savoir, qu'en matière de sociétés commerciales, lorsque l'acte ne détermine pas la manière dont se feront la liquidation et le partage, il convient de suivre, à cet égard, l'usage du commerce plutôt que les règles prescrites pour faire cesser l'indivision d'une chose commune.

507. A part ces modifications, les règles du partage ordinaire conviennent assez à la société, et c'est par leur application que se réalisent les opérations diverses du partage. Ainsi la masse de l'actif composée, il est procédé aux prélèvements dont elle est susceptible. Ces prélèvements consistent dans ce qui peut être dû à chaque associé, soit pour solde de son compte, soit pour avances faites dans l'intérêt et pour compte de la société. Dans chacune de ces hypothèses, la créance de l'associé constitue une dette que le liquidateur aurait dû acquitter ; à défaut, il doit y être pourvu par un prélèvement.

508. Les associés ont-ils la faculté de prélever leur mise de fonds ? La question n'a aucun intérêt lorsque, les mises étant égales, le prélèvement devrait s'exercer dans les mêmes proportions pour tous les associés. La difficulté ne peut naître que dans le cas de mises inégales, ou de la coexistence d'associés bailleurs de fonds et d'autres simples industriels n'ayant d'autre mise que leur industrie même.

En principe, ce prélèvement n'est pas dans la nature des choses. En effet, dans les sociétés ordinaires,

chaque associé perd la propriété de l'apport qu'il fait, et la réunion des mises forme le fonds capital, c'est-à-dire l'objet qui va être exploité et qui est destiné à être partagé après la dissolution de la société. Donc, chaque associé a le droit de se le faire attribuer à proportion de son intérêt social. Il n'y a pas plus de raison pour le prélèvement de la mise en faveur des associés bailleurs de fonds, qu'il n'y en aurait en faveur des industriels. Ceux-ci ont, en réalité, une mise de fonds qu'ils réalisent, en apportant dans la société une industrie qui, partout ailleurs, leur procurerait un salaire. Ils contribuent donc, par la perte qu'ils font de celui-ci.

On ne devrait donc accorder le prélèvement de la mise que si l'acte social le stipulait : cette clause, quelque inégalité qu'elle établisse, n'en est pas moins valable; elle devrait donc être exécutée. Dans le silence du pacte, les effets ordinaires de l'indivision demeurent obligatoires.

Cette règle comporte exception. Le prélèvement de la mise, quoique non stipulé, devrait être accordé à celui qui l'a réellement versée, si tous les autres associés n'ont pas encore rempli leur obligation. Sans doute ces derniers seraient, dans ce cas, débiteurs du capital et des intérêts, et cette créance appartiendrait à ceux qui auraient tenu leurs engagements. Mais ceux-ci peuvent ne pas vouloir recourir à des voies d'exécution, attendre un versement ultérieur plus ou moins problématique ; ils pourront donc prélever sur l'actif une somme égale à celle due par chaque associé, afin

de rentrer dans les voies d'égalité que la loi et la raison commandent sur cette matière[1].

D'ailleurs, dans cette hypothèse, le prélèvement ne serait que la conséquence de cette autre règle, à savoir que le rapport peut être fait en moins prenant. Or, les associés débiteurs de leur mise de fonds, et tenus de la rapporter, rempliraient cette obligation en recevant moins que les autres associés non soumis à rapport.

Le prélèvement devrait encore être autorisé si le payement de la mise de fonds, allégué par un associé, n'était pas prouvé par lui. Ainsi, la Cour de cassation décidait, le 17 février 1830, que lorsque des associés gérants ne justifient pas de leur mise sociale, et refusent même de produire leurs livres, le coassocié non gérant peut, à la dissolution de la société, être autorisé à prélever sa mise, légalement constatée, sur le prix de vente du fonds social, à l'exclusion des autres associés.

509. Les prélèvements opérés, ce qui reste de l'actif se partage dans les proportions de l'intérêt de chaque partie. Les marchandises restant, les meubles et effets mobiliers invendus se divisent en lots aussi égaux que possible, et sont attribués conventionnellement ou par la voie du sort.

Les créances encore dues sont ordinairement rangées en trois catégories : les bonnes, les douteuses, les mauvaises. On en forme des lots comprenant une part égale des unes et des autres, et ces lots sont attribués comme ceux de la marchandise et des effets mobiliers.

[1] Pardessus, n. 1080.



Il arrive quelquefois que les créances douteuses et mauvaises sont cédées à un des associés, qui s'en charge moyennant un prix convenu ; dans ce cas, elles restent, pour la totalité, à ses risques et périls.

Quant aux immeubles, ceux qui ne sont pas susceptibles d'être partagés sont vendus. Ceux qui sont partageables se divisent en lots et sont attribués aux associés.

510. Le partage ainsi exécuté produit entre associés les mêmes effets qu'entre cohéritiers. Ainsi ils se doivent mutuellement garantie ; celui qui serait évincé de l'immeuble par lui reçu pourrait revenir contre ses coassociés. L'indemnité qu'il obtiendrait constituerait une créance privilégiée sur les immeubles ayant appartenu à la société ; il serait donc payé de préférence aux créanciers personnels des coassociés [1].

La garantie entre associés s'applique également au payement de la soulte stipulée en faveur de l'un d'eux. Cette garantie crée un privilége sur les biens partagés, mais sa conservation est soumise aux formalités ordinaires, et notamment à l'inscription dans les formes et délais déterminés par l'art. 2109 C. Nap.

De quel jour court ce délai ? Est-ce du jour de la liquidation seulement, où de celui du partage et de la licitation ?

La Cour de cassation s'est déterminée dans ce dernier sens ; ce qui motive la solution, c'est que la liquidation, comme le faisait remarquer M. l'avocat géné-

[1] Cass., 20 mai 1824.

ral Delangle, peut se faire attendre pendant dix ou vingt ans; que dès lors l'esprit de la loi, qui veut que le sort des propriétés soit fixé promptement, qu'aucune surprise ne puisse exister à l'égard des tiers, serait méconnue et violée par le système contraire [1].

Cet arrêt, intervenu en matière ordinaire, régit les partages entre associés par une identité de raisons incontestables. L'associé créancier d'une soulte doit donc inscrire dans les soixante jours; ce délai commence à courir de la licitation ou du partage.

511. Le partage entre associés est régi par l'art. 883 C. Nap. Il est donc déclaratif et non translatif de propriété; par une conséquence naturelle, l'associé est censé avoir toujours possédé les immeubles qui lui sont échus par le partage.

Le principe de la rétroactivité du partage n'a été contesté par personne; des difficultés se sont seulement élevées sur son étendue. M. Duvergier n'admet la rétroactivité que jusqu'au moment de la dissolution de la société, de même qu'en matière successorale la propriété de l'héritier n'est censée remonter qu'au jour de l'ouverture de la succession. Telle est aussi l'opinion de M. Delangle; ce n'est qu'à la fin de la société, dit cet éminent magistrat, que la communauté s'établit entre associés : comment la rétroactivité, dès lors, dépasserait-elle cette limite? il n'en faut pas davantage, au surplus, pour la conservation des droits de chacun. La supposition qu'à l'instant même où la dis-

[1] Cass., 15 juin 1842; D. P., 42, 1, 260.

solution s'opère, chacun est investi des biens que lui attribue le partage, fait tomber tous les droits réels qu'un des copartageants aurait conférés antérieurement sur ces biens. La chose passe directement de l'être moral à l'associé, quel intérêt d'aller au delà [1] ?

512. M. Troplong combat énergiquement cette doctrine, il répond que l'indivision n'existe pas seulement à la dissolution de la société ; elle existe pendant la durée de celle-ci, non pas à l'état de fiction, comme on l'a prétendu, mais réellement et incontestablement. La vérité est que chaque communiste est copropriétaire dans tout et dans chaque partie ; son droit est répandu dans chaque parcelle de la chose ; mais il n'est pas propriétaire du tout et de chaque partie ; il n'est pas propriétaire pour le tout (*in solidum*), autrement il serait le seul maître de la chose, il ne serait pas en communauté, il ne serait pas dans l'indivision, une même chose ne peut pas appartenir pour le tout à deux maîtres ; la propriété est un droit exclusif, et aucune fiction ne peut lui enlever ce caractère ; donc, qui dit droit indivis dit un droit partiel, qui ne peut disposer que pour partie de la chose sur laquelle il repose.

Il n'y a donc ici de fiction que dans les effets attribués au partage par le droit français ; cette fiction renverse la réalité de l'indivision [2]. M. Troplong conclut donc que la rétroactivité remonte jusqu'au moment de la constitution de la société, de telle sorte que l'associé, recevant un objet par le partage, est censé l'avoir

[1] N. 707.
[2] N. 1066.

reçu directement de celui qui l'avait apporté dans la société.

513. Cette doctrine de M. Troplong paraît plus juridique; elle s'assortit mieux à la réalité des choses. Sans doute, la société, être moral, est distincte des individus, mais tant qu'elle existe, et à condition qu'elle existe. La société dissoute, tout est anéanti; il n'y a jamais eu qu'une indivision que le partage va faire cesser à son tour.

L'intérêt d'aller au delà de la dissolution est flagrant et incontestable; il se décèle surtout dans l'hypothèse suivante.

Un associé donne hypothèque, avant la dissolution, sur un immeuble social; cette hypothèque est inscrite par le créancier également avant la dissolution. Plus tard, la dissolution et le partage ont lieu, et l'immeuble hypothéqué tombe au lot de celui qui a consenti l'hypothèque. Est-ce que celle-ci ne sera pas valable? Est-ce que, par la date de son inscription, elle ne primera pas celle que le même associé peut avoir consenti le même jour du partage? On n'oserait contester l'un et l'autre. Mais alors comment concilier cet effet avec la doctrine que nous combattons? D'après celle-ci, l'hypothèque aurait été consentie par un autre que le propriétaire; elle aurait été inscrite avant que cette qualité eût été acquise; on devrait donc l'annuler. Son maintien indique donc que l'effet déclaratif du partage remonte plus haut que la dissolution.

Sans doute, les biens partagés seront soumis aux charges dont la société a pu les grever. Cela s'expli-

que par l'excellente raison que voici : c'est que les dettes de la société sont celles de tous les associés personnellement; que dès lors leur actif est en entier le gage de ceux à qui elles sont dues.

Il est vrai encore que les créanciers de la société auront sur l'actif de celle-ci un privilége sur les créanciers personnels des associés. Mais ce privilége suppose que tout est distinct et séparé entre les intérêts sociaux et les intérêts des sociétaires; qu'on peut voir évidemment deux personnes bien distinctes : la société d'une part, et les individus sociétaires de l'autre.

En conséquence, si la dissolution est venue effacer ces distinctions ; si le partage a fait évanouir l'actif social, les réclamations des créanciers de l'ancienne société n'ont plus de privilége. Sur quoi s'exercerait-il, en effet ? Il n'y a plus d'actif social ; il s'est fondu dans celui personnel des associés; il ne peut donc plus y avoir qu'une seule nature de droit. C'est ce que reconnaissait la Cour de Grenoble, dans une espèce où la question de privilége était engagée [1].

Il faut donc reconnaître, avec M. Troplong, que la rétroactivité du partage va jusqu'au moment de la constitution de la société. La propriété du copartageant a existé pendant la durée de la société ; seulement son droit d'en disposer était suspendu par l'engagement social qu'il avait souscrit. La dissolution effaçant celui-ci lui rend son droit de propriété dans toute son étendue, ainsi que la faculté d'en disposer.

[1] 1er juin 1831.

514. Le partage entre associés est régi par la disposition de l'art. 887 C. Nap. Il peut donc être attaqué, pour cause de lésion de plus d'un quart, et rescindé, si la lésion existe. On sait qu'aux termes de l'art. 1304, le délai de cette action dure dix ans, du jour du partage.

L'application rationnelle de cette règle veut qu'on tienne compte de deux observations relatives : la première à l'existence de la lésion, la seconde au délai dans lequel l'action doit être intentée.

La lésion ne saurait jamais naître de ce que le partage n'aurait pas compris l'universalité des objets à partager. La découverte d'objets omis donnerait lieu à un partage supplémentaire.

En principe, est non recevable la demande en partage d'un objet particulier de la société, avant que la consistance de l'actif social ait été établie, et qu'il ait été procédé à la liquidation et au règlement des comptes. Mais le droit en cette matière est susceptible de nombreuses exceptions. Il arrive souvent que les dettes étant payées, on partage partiellement ce que la liquidation rend disponible.

S'il a été fait des partages partiels, il est évident que la lésion ne saurait résulter que du calcul reconnaissant pour base l'ensemble de ces partages. Ce n'est pas parce qu'il a reçu moins dans tel partage qu'un associé sera lésé, il a pu recevoir en plus dans un autre. Il faut donc réunir tout ce qui lui a été attribué, et il n'y aura lésion capable d'amener la rescision du partage, que si cette réunion laisse la portion qu'il a reçue inférieure de plus du quart à celle qu'il devait

recevoir ; c'est ce que la jurisprudence a consacré [1].

515. Relativement au délai, on ne doit pas confondre le partage ordinaire avec le règlement pouvant surgir de l'application de l'art. 1854 C. Nap. On sait que celui-ci permet de laisser la détermination des parts à l'arbitrage d'un associé ou d'un tiers. On sait encore que, sauf stipulations contraires, la part réglée pour l'apport détermine celle dans les profits et pertes.

Or, cette détermination de part ne peut être querellée pour cause de lésion. La loi ne permet de l'attaquer que si elle est évidemment contraire à l'équité. Dans ce cas même, toute attaque serait non recevable si le règlement avait reçu un commencement d'exécution, ou si, le connaissant, l'associé avait laissé écouler plus de trois mois sans réclamer.

La rescision du partage entre associés peut également être poursuivie pour cause de violence, de dol, de fraude ou d'erreur. L'action est dans ce cas souverainement réglée, pour sa durée et son point de départ, par la disposition de l'art. 1304.

516. Que la rescision soit obtenue pour lésion ou pour dol, fraude, violence ou erreur, le résultat est le même ; mais il importe de les distinguer à l'endroit de la fin de non-recevoir, créée par l'art. 892 C. Nap.

Ainsi l'associé qui a aliéné son lot en tout ou en partie, depuis la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur, du dol ou de la fraude, ne peut plus attaquer le partage. Cette aliénation est une exécution de l'acte,

[1] Cass., 17 avril 1841 ; D. P. 41, 1, 219.

et comme elle a été faite en connaissance de cause, elle équivaut à une ratification expresse.

L'aliénation totale ou partielle ne saurait jamais constituer une fin de non-recevoir contre la demande en rescision pour lésion. Nulle part la loi ne s'en est expliquée; ce qu'elle a fait pourtant expressément pour le dol ou la fraude. Ce silence est une négation. En effet, les fins de non-recevoir étant des exceptions de droit étroit ne sauraient être suppléées [1].

517. Il est, dans toutes sociétés commerciales, des objets qui ne peuvent, qui ne doivent pas être partagés.

Ne doivent pas l'être les choses qui n'ont été apportées dans la société que pour l'usage; chaque associé les reprend si elles existent, ou si des stipulations expresses n'en ont pas autrement ordonné. Par application de cette règle, il a été jugé qu'à la dissolution de la société, chaque associé reprend l'intérêt qu'il avait dans d'autres sociétés, et qui n'était entré dans la société dissoute que par suite de l'interdiction que les associés s'étaient imposée de prendre part à aucune entreprise commerciale [2].

518. Ne peuvent être partagés les livres et écritures, les marques de fabrique, les estampilles de la marchandise.

Les livres et écritures doivent rester déposés dans les mains d'un liquidateur, ou de tel autre associé désigné. Chaque associé a un intérêt bien réel à les consulter; celui, par exemple, de faciliter la rentrée des créances obvenues à son lot. Il est juste, dès lors, qu'ils

[1] Bordeaux, 29 juin 1839; Cass., 8 février 1841; D. P., 41, 1, 113.
[2] Rennes, 4 février 1819.

soient à leur disposition. En conséquence, quel qu'en soit le dépositaire, il ne pourra jamais, et sous aucun prétexte, leur en refuser la communication.

Les marques de fabrique et estampilles des marchandises sont une propriété quelquefois fort importante. Elles sont ordinairement laissées aux associés continuateurs de l'exploitation, qui ne peuvent, à leur tour, en faire un usage loyal qu'après avoir indiqué la modification résultant de la dissolution.

Mais celle-ci peut n'avoir pour cause qu'un dissentiment, et les divers associés peuvent être dans l'intention de continuer le commerce, chacun de son côté. Dans cette hypothèse, on a recours à l'un des deux moyens suivants :

Ou l'on s'en remet à la décision du sort; ou bien, estimée à un prix déterminé, la propriété des marques et estampilles est licitée entre associés et adjugée au plus offrant.

Aucune difficulté ne pourrait naître si le créateur du commerce spécial ayant apporté ces marques et estampilles dans l'association s'était réservé le droit de les reprendre. Cette clause de l'acte devrait recevoir exécution.

519. La réalisation du partage, signalant la fin de la liquidation, impose au liquidateur le devoir de rendre compte de sa gestion. A l'endroit de cette reddition, on ne doit pas oublier que le liquidateur est assimilé au mandataire. En conséquence, ses obligations et ses droits sont réglés par les principes édictés pour celui-ci.

La loi n'oblige pas le liquidateur à faire inventaire à son entrée en fonctions, mais la prudence le lui com-

mande. L'obligation de restituer réellement tout ce qu'il a reçu, ou d'en représenter la valeur, indique combien il importe d'éviter toutes difficultés sur ce qui aurait été ou non reçu. Or, l'inventaire arrive précisément à ce résultat.

Le liquidateur répond de la faute, et cette faute est plus sévèrement appréciée s'il est salarié que s'il ne l'est pas. Mais, dans les deux hypothèses, il est garant des déchéances et des prescriptions qu'il laisse acquérir contre la société; du préjudice résultant de l'insolvabilité postérieure du débiteur qu'il aurait négligé de poursuivre.

Le liquidateur a droit d'être relevé de tout ce qu'il a fait en cette qualité; il doit être remboursé de ses salaires, avances et frais par les associés, qui en sont solidairement tenus [1].

Il y a même plus, dans certaines circonstances les actes du liquidateur obligent les créanciers eux-mêmes, ils acquièrent sur eux un privilége pour le payement de ce qui peut lui être dû en cette qualité. C'est ce qui ne saurait être contesté, par exemple, pour les frais faits pour la conservation de la chose. Or, lorsque le liquidateur a été chargé d'exploiter l'établissement jusqu'à la vente, tout ce qu'il fait pour cette exploitation, tous les engagements qu'il contracte dans cette destination sont réellement censés faits et souscrits pour la conservation de la chose; il doit en être indemnisé de préférence aux créanciers eux-mêmes [2].

[1] Cass., 17 juin 1833.

[2] Paris, 16 décembre 1841; J. D. P., 1, 1842, p. 247.

520. Toutes les contestations auxquelles la liquidation et le partage peuvent donner lieu d'associé à associé, toutes les actions en règlement intentées contre ceux-ci par le liquidateur constituent des contestations sociales régies par notre article 51, et sont conséquemment de la compétence des arbitres.

Cette règle paraît, au premier aspect, s'écarter de la raison. La liquidation suppose que la société est dissoute, or il semble naturel d'admettre que l'art. 51 n'a disposé que pour le cas d'une société existante, et lorsque les choses sont encore entières, et non lorsqu'il y a eu dissolution de la société et règlement des comptes sociaux.

521. Cette manière d'entendre l'art. 51 est rationnelle, en effet, et la règle que nous invoquons est loin de le méconnaître. Ainsi, si après la dissolution de la société les parties procèdent amiablement au règlement de leurs comptes, la dette provenant de ce règlement n'a plus rien de social. Conséquemment, les difficultés que le payement poursuivi peut faire surgir doivent être portées devant le tribunal de commerce, quoique le défendeur excipât d'erreurs commises dans le règlement social. Dans ce cas, dit la Cour de Colmar, il ne s'agit pas du règlement de compte entre associés, mais bien du payement d'une somme reconnue due par un commerçant à un commerçant, en vertu d'un compte arrêté.

L'arrêt continue : que si, malgré ce compte ainsi arrêté, il y avait nécessité de renvoyer les associés devant le juge naturel qu'ils auraient eu, si le compte

n'avait pas été réglé, il dépendrait de la résistance du débiteur de faire cesser tout l'effet du compte, et de faire régler de nouveau par arbitres, bien qu'il l'ait été précédemment par les parties, que tel n'est point le vœu de la loi, qui ne prescrit le règlement par arbitres que lorsque le compte n'a pas été réglé à l'amiable par les parties elles-mêmes [1].

522. Ainsi la société venant à se dissoudre, les associés ont la faculté de liquider et régler amiablement; de suivre les voies d'une liquidation ordinaire, et de soumettre leur règlement à des arbitres. Le choix fait, tout retour est impossible, on ne peut invoquer plus tard un arbitrage auquel on a légalement et très-volontairement renoncé. Tout est donc fini par le règlement amiable.

Mais choisir la voie de la liquidation ordinaire, charger les arbitres du règlement des comptes, c'est arriver juridiquement à deux résultats indiqués par la nature même des choses. La liquidation continue en quelque sorte le lien social, que la dissolution a relâché sans le rompre. Toutes les contestations qu'elle fait naître revêtent donc le double caractère exigé par l'art. 51, alors même qu'elles seraient relatives au règlement qui aurait été provisoirement fait des droits de chacun; elles sont dès lors passibles de la juridiction arbitrale [2].

[1] Colmar, 31 décembre 1839; J. D. P., 1, 1840, p. 454. Voir Bordeaux, 23 juillet 1840; *ibid.*, 2, 1840, p. 714.

[2] Douai, 17 juillet 1837; Cass., 26 janvier 1841; J. D. P., 1, 1838, p. 106, 1, 1842, p. 644.

Le second résultat est que les comptes ayant été réglés par les arbitres, c'est devant eux que la demande en exécution devra être portée, toutes les fois que cette demande fera naître l'exception d'erreurs ou d'omissions. Une exception de ce genre constitue une demande en révision de compte, tout au moins en rectification ; elle doit dès lors être forcément déférée au juge qui a procédé au règlement attaqué [1].

523. Cela étant d'associé à associé, comment pourrait-on soustraire à la juridiction arbitrale les actions intentées contre les associés par le liquidateur ? Celui-ci, alors même qu'il demande, dans son intérêt personnel, le remboursement de ses avances, n'agit-il pas pour le compte de la société, à la décharge des associés eux-mêmes ? Dès lors il en exerce réellement les actions, aux termes de l'art. 1166, et il se trouve soumis à la juridiction à laquelle eux-mêmes seraient contraints de s'adresser.

Ainsi il a été jugé qu'il y avait contestation entre associés et à raison de la société, et conséquemment lieu à l'arbitrage forcé lorsqu'un liquidateur, même non associé, investi du pouvoir de poursuivre, au nom de la société, le remboursement de toutes les sommes à elle dues, et qui s'est chargé d'éteindre la dette sociale, poursuit un associé en payement, soit des appels de fonds auxquels il n'a pas satisfait, soit de sa part contributive dans les sommes que le liquidateur a dû avancer pour opérer la liquidation [2].

[1] Paris, 25 février 1829.

[2] Cass., 13 avril 1841 ; J. D. P., 2, 1841, p. 350.

Au reste, pour que l'action soit déférée aux arbitres, il ne suffit pas qu'elle soit intentée par le liquidateur contre un associé, il faut en outre que celui-ci soit poursuivi en cette qualité et pour une action en dérivant. Ainsi l'associé qui, commerçant, aurait eu des relations de commerce avec la société, serait compétemment traduit devant le tribunal de commerce, pour toutes les obligations contractées par suite de ces relations. C'est ce que la Cour de cassation a consacré, en décidant que le négociant commissionnaire, qui a été chargé, en cette qualité, du dépôt et de la vente des produits d'une société dont il fait partie, n'est point justiciable des arbitres forcés, à raison des contestations élevées par suite des opérations qui lui ont été confiées pour le compte de la société [1].

524. Les associés plaidant contre le liquidateur en sa qualité et sur des prétentions relatives à la société doivent procéder conformément à l'art. 51; mais il n'en est plus de même lorsque l'action qu'ils intentent est relative aux obligations incombant personnellement au liquidateur.

Ainsi, l'action pour le contraindre à rendre compte, celle en payement du reliquat, celle en dommages-intérêts pour les fautes commises, devraient être déférées à la juridiction consulaire.

Au reste, cette règle reçoit exception dans le cas où le liquidateur est un des associés; sans doute, et à la rigueur, on pourrait soutenir que cette qualité devrait

[1] 3 avril 1838; J. D. P., 2, 1838, p. 86.

être sans influence sur des actions qui ne s'y réfèrent en rien, mais dans la réalité des choses, l'associé n'est devenu liquidateur que parce qu'il était associé; comme il est d'ailleurs impossible que l'issue de l'action ne reflète pas sur sa position et ne modifie pas ses droits sociaux, il faut assimiler la poursuite à une contestation sociale, et la déférer aux arbitres forcés.

ARTICLE 52.

Il y aura lieu à l'appel du jugement arbitral ou au pourvoi en cassation, si la renonciation n'a pas été stipulée. L'appel sera porté devant la Cour impériale.

SOMMAIRE.

525. Préoccupation du législateur dans la détermination des voies de recours contre la sentence arbitrale. Nature des difficultés que la faculté d'appel soulevait.
526. Système de la section. Discussion qu'il souleva. Solution définitive.
527. Discussion sur l'admission du pourvoi en cassation.
528. Caractère de la renonciation à l'appel ou au pourvoi. Conséquences.
529. Les articles 1002 et 1013 C. proc. civ. sont-ils applicables en matière d'arbitrage forcé?
530. Affirmative soutenue par M. Pardessus.
531. Réfutation.
532. Arrêt de la Cour de cassation consacrant celle-ci. Conséquences.
533. Effets de la renonciation consentie dans l'acte social.
534. Effet de celle écrite dans un compromis postérieur.
535. Espèce jugée par la Cour d'Aix offrant une renonciation conventionnelle à la clause de l'acte social.
536. La renonciation à l'appel n'entraîne pas celle à se pourvoir.
537. Mais l'une et l'autre résulteraient du pouvoir donné aux arbitres de juger comme amiables compositeurs.
538. La requête civile est-elle recevable en matière d'arbitrage forcé?
539. Doctrine de M. Locré. Réfutation.
540. Dans quel cas peut-on renoncer à la requête civile?

525. Le désir d'économiser les longueurs et les frais, qui venait de faire consacrer l'arbitrage forcé dans les sociétés commerciales, devait nécessairement se faire jour dans la détermination des voies de recours dont la décision arbitrale devrait être l'objet. La discussion de l'article 52 nous révèle cette préoccupation.

La question de savoir s'il y aurait ou non lieu à l'appel ne pouvait être douteuse. Le législateur se trouvait en présence du Code de procédure civile, qui l'avait consacré en matière d'arbitrage volontaire. Ce qui l'avait fait ainsi admettre, c'était cette considération qu'il ne fallait pas investir les arbitres d'une confiance absolue, lorsqu'on prenait tant de précautions contre les juges. Cette considération ne pouvait être dédaignée, même pour l'arbitrage forcé.

Personne necontestait donc la faculté d'émettre appel. Fallait-il la rendre de droit commun, en permettant d'y renoncer, c'est-à-dire appliquer à l'arbitrage forcé la règle que l'article 1010 édictait pour l'arbitrage volontaire?

526. La section chargée de présenter le projet du Code de commerce avait adopté la négative. A son avis, il fallait éviter aux parties la tentation de porter des règlements de compte devant des juges, ce qu'elles ne peuvent faire sans se jeter dans des frais immenses.

Elle proposait, en conséquence, de ne permettre l'appel que lorsque les parties s'en seraient formellement réservées la faculté. Au reste, ajoutait-elle, soit qu'on accordât, de droit, l'appel aux parties, soit qu'on leur permît de se le réserver, le résultat sera le même, puisque, après tout, elles ne seront définitivement jugées par les arbitres que quand elles le voudront.

Pour repousser cette proposition, on faisait ressortir le danger d'accorder aux arbitres des pouvoirs trop étendus, de livrer, en quelque sorte, les parties à leur discrétion, lorsqu'il suffira d'en gagner un, disait M. Réal, pour ne laisser aucune ressource à ses adversaires.

Or, on tomberait dans ce double inconvénient, si on n'admettait l'appel que lorsque la faculté de l'émettre aura été formellement réservée. Cette réserve, en effet, devrait être exprimée dans l'acte de société lui-même; car, le plus ordinairement, il n'existera pas d'autres compromis entre les associés; que la nomination des arbitres se fera dans ce cas par acte extrajudiciaire ou par jugement; que d'ailleurs on ne pouvait espérer que les associés s'entendissent au moment de la dissolution, lorsque l'irritation et la discorde ont remplacé l'union des premiers jours; qu'ainsi les parties seraient privées de la faculté d'appel, parce que, dans l'entraînement des espérances que suscite la constitution d'une société, elles n'auraient pas songé à se réserver un droit dont elles ne pouvaient, à cette époque, soupçonner l'utilité.

Ces considérations, qui avaient d'abord échoué, triom-

phèrent définitivement. Le texte de l'article 52 assimile, quant à l'appel, l'arbitrage forcé à l'arbitrage volontaire. Ce recours est de droit commun, mais les parties ont la faculté de se l'interdire.

527. Fallait-il autoriser, en outre, le pourvoi en cassation ? Le précédent créé par le Code de procédure civile conduisait à la négative. En effet, aux termes de l'article 1028, le pourvoi n'est recevable que contre les jugements des tribunaux rendus, soit sur la requête civile, soit sur l'appel d'un jugement arbitral. Donc celui-ci ne peut jamais être déféré à la Cour suprême.

La section du Conseil d'Etat avait mis le pourvoi en cassation sur la même ligne que l'appel. En conséquence, elle proposait de décider qu'en droit la faculté devait en être refusée, mais que les parties étaient libres de se la réserver.

Une proposition diamétralement opposée surgit dans la discussion au Conseil d'Etat ; on demandait non-seulement que le pourvoi fût de droit commun, mais encore qu'il fût interdit aux parties d'y renoncer. Qu'on puisse répudier le droit d'émettre appel, disait l'archichancelier, c'est sans aucun inconvénient; il n'y a qu'un degré de juridiction de moins. Mais si les arbitres violent toutes les règles, comme on en a de fréquents exemples, pourquoi la Cour régulatrice perdrait-elle à leur égard le droit de casser le jugement? On ne doit donc pas permettre la renonciation au pourvoi, parce qu'il importe que les lois de l'Etat soient respectées dans tous les jugements, quels qu'ils soient.

L'opinion de l'archichancelier entraîna le Conseil

d'Etat. Vainement fit-on remarquer que la prohibition de renoncer n'était pas nécessaire; que le ministère public ayant le droit de se pourvoir d'office dans l'intérêt de la loi, le respect dû à celle-ci était suffisamment sauvegardé; cette prohibition fut d'abord consacrée.

Mais dans les séances subséquentes, l'article ainsi admis fut attaqué. On en demanda la suppression en se fondant sur le refus que l'article 1028 faisait du pourvoi en matière ordinaire. Cette doctrine devait, par une supériorité de raison incontestable, être appliquée à la matière commerciale exigeant des formes plus simples et plus de célérité; d'ailleurs, maintenir indéfiniment le pourvoi en cassation, c'était ouvrir une large voie à la multiplication des procès. On sait combien les plaideurs mécontents sont portés à se pourvoir. On ne doit donc pas les y exciter, en leur laissant croire que la loi elle-même l'exige. Ces motifs amenèrent la suppression de l'article d'abord adopté.

Il fallait le remplacer, et une troisième fois la discussion s'ouvrit. Cette fois, on proposait d'interdire aux associés le pourvoi en cassation par le refus même de la faculté de se le réserver; de n'ouvrir que la voie de l'opposition et de la requête civile. Après une appréciation contradictoire de ces deux voies, le Conseil d'Etat, sans rien décider, renvoya l'article à la section, et, sur un rapport ultérieur, l'adopta tel qu'il figure aujourd'hui dans le Code.

Ainsi, la sentence arbitrale peut être directement déférée à la Cour de cassation en matière d'arbitrage

forcé. Cette faculté est de droit commun, contrairement à ce qui est prescrit pour l'arbitrage volontaire, mais on peut y renoncer.

528. La renonciation à ce recours, celle d'émettre appel, est une dérogation au droit commun. Ce caractère exige qu'on ne l'admette que lorsqu'elle résulte expressément de la convention, ou tout au moins dans le cas où le consentement des parties est prouvé d'une manière positive.

C'est ce que la Cour d'Aix décidait le 24 novembre 1841. Dans l'espèce, deux compagnies de remplacements militaires s'étant choisi un agent à Toulon, un traité était intervenu avec celui-ci, lequel stipulait que les contestations auxquelles il pourrait donner lieu seraient déférées à des arbitres, mais que le traité cesserait d'avoir effet si les deux compagnies venaient à se séparer.

Cette séparation s'étant réalisée, l'agent continua d'être attaché à l'une d'elles. Plus tard, des difficultés s'étant élevées, la compagnie demande la composition du tribunal arbitral, conformément au traité qu'elle soutient avoir été tacitement renouvelé.

Le défendeur répond que le traité a perdu toute son efficacité par la réalisation de la condition prévue; qu'à la vérité il a continué d'agir pour la compagnie, mais que cette circonstance ne pouvait suffire pour faire revivre sa renonciation à la juridiction ordinaire, dont il avait été relevé par la caducité du traité.

Ce système fut sanctionné par la Cour. Son arrêt déclare que la conduite de l'agent amène à reconnaître

qu'il est intervenu entre les parties des accords nouveaux, dont il faudra au fond apprécier la valeur et la nature; mais qui ne peuvent, sans une preuve positive du consentement des deux parties, être étendus à l'obligation de soumettre leurs différends à arbitres [1].

Ainsi, dans le doute, le droit commun doit reprendre son empire, et le doute existera tant que la preuve écrite de la clause compromissoire ne sera pas produite. Or, la renonciation à l'appel est pour l'arbitrage forcé ce que la clause compromissoire est en matière ordinaire, à savoir une dérogation au droit commun. En conséquence, elle ne doit être admise qu'en tant qu'un acte écrit fournit la preuve irrécusable du consentement des parties.

529. En matière ordinaire, la soumission à arbitres étant un événement insolite, accidentel, devient nécessairement l'objet d'une convention que la loi qualifie de compromis, et qu'elle soumet à de certaines conditions. L'article 1006 notamment veut que le compromis désigne les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité ; d'où la jurisprudence a conclu avec raison que la promesse d'arbitrer, ou la clause compromissoire consentie avant toute contestation, ne pouvait sortir à effet.

A son tour, l'article 1012 dispose que le compromis finit, par le décès, refus, déport ou empêchement des arbitres ou de l'un d'eux, s'il n'y a clause qu'il sera passé outre ou que le remplacement sera au choix des

[1] 24 novembre 1841 ; J. D. P., 2, 1843, p. 685.

parties, ou au choix de l'arbitre ou des arbitres restants; par l'expiration du délai stipulé ou de celui de trois mois, s'il n'en a pas été réglé ; par le partage, si les arbitres n'ont pas le pouvoir de prendre un tiers arbitre. Dans tous ces cas, la caducité du compromis entraîne la rupture complète de l'arbitrage.

Enfin, l'article 1013 exige, pour que le décès de la partie ne mette pas fin au compromis, que tous les héritiers soient majeurs. L'existence d'un seul mineur rendrait donc la continuation de l'arbitrage également impossible.

En matière de sociétés commerciales, l'arbitrage étant forcé peut être facilement prévu au moment de la constitution de la société, et d'avance réglé. Aussi le plus souvent n'existera-t-il pas d'autre convention à cet égard que l'acte social lui-même renfermant la soumission à arbitres, et déterminant leurs pouvoirs?

Cet acte est-il un compromis en cette partie? Peut-on, doit-on lui appliquer les formalités exigées par la loi ? Est-il régi par les articles 1012 et 1013 du Code de procédure civile?

Nous n'hésitons pas à résoudre ces questions par la négative. Les associés se soumettant à arbitres dans l'acte social ne font que rendre hommage à une règle que la loi leur impose obligatoirement. A quoi bon, dès lors, leur appliquer l'article 1006 du Code de procédure civile. Supposez la nullité de la clause de l'acte, les associés en seront-ils moins soumis à l'arbitrage? Où serait donc l'utilité de l'application de cet article?

Par identité de raison, on doit écarter les art. 1012

et 1013. En réalité, il n'y a pas de compromis réel en matière de sociétés commerciales. En effet, compromettre, dans son véritable sens, signifie déroger à l'ordre des juridictions, et confier à des arbitres une mission que la loi défère aux tribunaux. Or, les associés se soumettant à l'arbitrage ne font qu'accepter la juridiction que la loi elle-même leur impose.

D'ailleurs, l'utilité des articles 1012 et 1013 se décèle en matière ordinaire par les effets qu'ils consacrent. Le compromis devenu caduc, les parties sont relevées de l'obligation de se soumettre à arbitres, et peuvent s'adresser à la juridiction ordinaire. Tout ce qui résulterait de leur application en matière de sociétés commerciales serait un circuit de procédures coûteuses et frustratoires. Le compromis devenu caduc tomberait, ainsi que tout ce qui aurait été fait jusque-là. Mais il faudrait recommencer, puisque l'arbitrage est forcé.

A la vérité, la renonciation à l'appel est une dérogation au droit commun, et la caducité du compromis pourrait avoir pour effet de revenir à celui-ci. Donc cette caducité pourrait avoir un résultat utile, en faisant renaître le droit d'appel.

530. C'est sur cette considération que se fonde M. Pardessus, notamment dans une consultation par lui délibérée dans une espèce soumise à la Cour de cassation. Cette consultation assimile la clause de renonciation à l'appel à un véritable compromis. « Dans ce cas, y lit-on, tout en conservant son caractère forcé, l'arbitrage a acquis aussi quelque chose de volontaire. Ce n'est point par ordre de la loi, ni pour lui obéir, que

les parties ont renoncé à l'appel, ou que, de toute autre manière, elles ont donné aux arbitres des pouvoirs que la loi ne leur conférait pas. Il en résultera que si l'un des arbitres décède; si les arbitres, quoique vivants, n'ont pas, dans le délai convenu ou légal, exercé les pouvoirs extraordinaires qui leur avaient été conférés, cette partie conventionnelle et compromissoire cessera d'avoir effet. »

L'arrêt d'Amiens, qu'un pourvoi déférait à la Cour suprême, repoussait l'application des articles 1012 et 1013, en refusant de voir un compromis dans la clause de l'acte social. Cette clause, disait la Cour, constitue une convention expresse et essentielle, rentrant dans l'application des articles 1134 et 1122 C. Nap., sans pouvoir être atteinte par l'art. 1013 C. proc. civ., ni par l'article 63 C. de comm., puisque cet acte ne contient aucune dérogation en faveur des héritiers des contractants.

Cette doctrine était attaquée par la consultation. « Il « est difficile, disait M. Pardessus, de concevoir cette « distinction entre un compromis et une convention; « car le compromis étant nécessairement l'engagement « de plusieurs personnes entre elles ne peut être autre « chose qu'une convention. »

531. Sans doute, tout compromis est une convention, mais toute convention n'est un compromis qu'en tant qu'elle a pour objet de déroger aux règles de la juridiction ordinaire. L'acte de société ne fait rien de pareil; comment, dès lors, l'assimiler au compromis? D'ailleurs, est-il jamais venu à la pensée de per-

sonne de vouloir lui appliquer l'article 1006? Cependant, pourquoi ne le ferait-on pas s'il est un compromis?

Donc l'acte social n'est pas un compromis; il n'est que l'expression d'accords corrélatifs et indivisibles, en vertu desquels la société existe, et auxquels il est, par conséquent, impossible de porter une atteinte quelconque. Ces accords, légalement et régulièrement souscrits, deviennent la loi des parties, et l'obligation de les exécuter passe à leurs héritiers, quels qu'ils soient. En effet, est-ce que l'article 1122 C. Nap. distingue entre les mineurs et les majeurs? Pourquoi donc distinguerait-on, en matière de société commerciale surtout? La clause de continuation de la société avec les héritiers liera les mineurs comme les majeurs, et il ne pourrait en être ainsi pour celle de renonciation à l'appel? En vérité, cela est insoutenable.

532. Une pareille anomalie ne pouvait manquer de frapper l'attention de la Cour régulatrice. Le résultat qu'elle entraîne, c'est que, contrairement à la consultation, l'arrêt d'Amiens est expressément approuvé; que, comme lui, la Cour consacre que la renonciation à l'appel faite dans l'acte social constitue une convention légalement formée, qui, aux termes des art. 1134 et 1122 C. Nap., tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, à leurs héritiers et ayants cause.

Après avoir écarté l'objection puisée dans l'art. 63 C. comm., l'arrêt continue: L'art. 1013 n'est applicable qu'en matière d'arbitrage volontaire, c'est-à-dire lorsqu'il y a convention par laquelle des parties compromettant sur leurs droits, ainsi que les y autorise

l'art. 1003, enlèvent la connaissance de leurs contestations aux juges ordinaires institués par la loi, pour les soumettre à des juges de leur choix, à des arbitres volontaires.

Dans l'arbitrage forcé, au contraire, les associés qui renoncent au droit d'appel restent soumis aux juges que la loi leur a imposés, et dont ils prorogent seulement la juridiction en usant du pouvoir que leur confère l'art. 52 C. de comm. [1].

Il résulte de cet arrêt qu'aux yeux de la Cour régulatrice, les associés usant du bénéfice de l'article 52, et renonçant à l'appel, ne font à l'endroit de la juridiction arbitrale que ce que l'art. 639 C. de comm. permet à toute partie de faire pour les tribunaux de commerce. Dans ce dernier cas, pourrait-on soutenir que le décès survenu après la convention de prorogation l'annulerait à l'égard des héritiers mineurs? Non, sans doute; mais alors pourquoi déciderait-on le contraire dans la première hypothèse, qui n'est elle-même qu'une prorogation de pouvoirs?

533. En résumé, ceux-là compromettent qui, libres de se soumettre à la juridiction ordinaire, y renoncent pour s'en référer à la décision d'arbitres. La convention intervenue à cet effet est un compromis soumis aux conditions, et subordonné dans son exécution aux événements prévus par la loi; l'acte de société n'a rien de commun avec le compromis. Les associés, en acceptant la juridiction arbitrale, ne font que remplir

[1] Cass., 3 mai 1837; J. D. P., 1, 1837, p. 419.

un devoir légal, et le développement qu'ils donnent à cette juridiction ne saurait altérer leurs accords ni en changer le caractère. Partie intégrante de l'acte social, ceux-ci en partagent le sort ; se liant les uns aux autres, ils doivent d'autant plus être exécutés que leur ensemble a déterminé le consentement des associés, et fondé la société elle-même.

La jurisprndence a appliqué et développé les conséquences de ce principe, en consacrant des résultats différents, suivant qu'il s'agissait d'appliquer une clause de l'acte social, ou une convention postérieurement intervenue entre les associés.

Ainsi, il a été jugé que la clause d'un acte social par laquelle les associés sont convenus, en cas de contestations, de s'en rapporter à des arbitres choisis ou à choisir par eux, avec renonciation à l'appel, a pour effets d'attribuer la qualité de juge en dernier ressort, même aux arbitres nommés par le tribunal, en remplacement de ceux que les parties avaient désignés, et dont les pouvoirs avaient cessé, ou aux arbitres nommés d'office par le tribunal, en cas de non-désignation, faute par les parties de s'être entendues sur le choix [1].

Nous disions tout à l'heure que les actions intentées par le liquidateur contre les associés à raison de la société devaient être régies par l'article 51. En conséquence, la renonciation à l'appel, stipulée dans l'acte social, non-seulement pour les contestations qui s'élè-

[1] Cass., 15 juillet 1818; Grenoble, 13 juillet 1824 et 4 mai 1825; Cass., 22 août 1843; J. D. P., 2, 1843, p. 739.

veraient dans le cours de la société, mais encore pour celles qui surgiraient pendant la liquidation, doit être appliquée aux contestations s'élevant entre le liquidateur et les associés [1].

534. Il n'en est pas de même de la renonciation conventionnelle, postérieure à l'acte social et contemporaine de la nomination des arbitres. Son appréciation, dans ce cas, obéit à d'autres éléments, et, dans le doute, c'est le droit commun qui doit l'emporter.

Ainsi, la Cour de Bourges a très-sainement jugé, le 17 août 1816, que la renonciation que font les associés, en nommant les arbitres, et non dans l'acte de société, au droit d'appeler de la sentence, ne peut s'entendre du cas où l'un d'eux ou l'un des arbitres étant décédé, de nouveaux arbitres ont dû être nommés par le tribunal.

La Cour de Douai a rendu un arrêt analogue, en décidant, le 27 juillet 1837, que si, dans le cas d'une contestation élevée entre associés, mais après dissolution arrêtée de la société, et règlement provisoire des divers droits, les parties conviennent de nommer deux arbitres pour vider le différend, et de leur donner pouvoir de juger en dernier ressort, cette convention tombe, en cas de partage, devant la nécessité de faire nommer un tiers arbitre par le tribunal, et que, dès lors, la sentence arbitrale est susceptible d'appel [2].

La nuance signalée par cette jurisprudence est im-

[1] Cass., 13 avril 1841; J. D. P., 2, 1841, p. 350.

[2] J. D. P., 1, 1838, p. 106; voir Cass., 26 janvier 1841; *ibid.*, 1, 1842, p. 644.

portante à saisir; elle est, d'ailleurs, facile à comprendre et à justifier. La renonciation à l'appel, faite dans l'acte social et pour l'avenir, s'adresse à la qualité du juge, abstraction faite de son individualité. De quelque manière que soit composé le tribunal arbitral, cette constitution concède tout ce que les parties ont jugé convenable.

Dans le cas, au contraire, où la contestation étant née, il est procédé à la nomination des juges, la renonciation à l'appel n'est plus que la conséquence de la confiance que les arbitres choisis inspirent aux parties. Elle se réfère donc à la personne, et non à la qualité, et, dès lors, si ces personnes n'ont pu prononcer, si elles ont proclamé le partage, la condition de la renonciation ne se rencontre plus, et celle-ci ne saurait dès lors être maintenue.

535. Donc la question de savoir si la renonciation à l'appel est régie par l'acte de société a une véritable importance. Or, pour qu'elle soit résolue affirmativement, il ne suffit pas toujours que la renonciation soit écrite dans cet acte, il faut encore que les parties, en procédant, en aient exclusivement suivi les errements.

L'appréciation de ce point de fait peut être délicate et difficile. Evidemment la nomination ultérieure des arbitres ne serait pas la désertion de la clause du pacte social. Autrement celle-ci ne sortirait jamais à effet, les arbitres n'étant jamais nommés dans l'acte social. Il faudra donc qu'à cette nomination se réunissent d'autres circonstances permettant d'adopter l'hypothèse d'un accord nouveau et indépendant de l'acte.

Un arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 14 février 1834, va nous servir à préciser notre pensée par un exemple.

Par acte du 1er avril 1819, une société commerciale est formée entre les sieurs Reybaud-Lange, et Besuchet. Il est dit que si des contestations s'élèvent entre les associés, elles seront jugées par des arbitres nommés par les parties, sans appel ni recours en cassation.

Au décès du sieur Besuchet, des difficultés s'élevèrent relativement à la liquidation de la société entre ses héritiers et le sieur Reybaud-Lange ; des arbitres furent nommés pour statuer sur ces difficultés; mais faute par eux de prononcer dans les trois mois, l'arbitrage resta sans effets.

Le 20 janvier 1832 il intervint entre les parties un compromis portant nomination de nouveaux arbitres.

Condamnés par eux, les héritiers Besuchet émettent appel de la sentence. Cet appel est soutenu non-recevable par M. Reybaud-Lange, opposant la clause de l'acte social.

Mais la Cour repousse la fin de non-recevoir, attendu que l'arbitrage dont il s'agit n'est pas celui qui avait été convenu dans l'acte de société, donnant tout pouvoir aux arbitres de juger en dernier ressort, mais celui que prescrivaient les articles 51 et suivants, après la dissolution de cette société, opérée par la mort de l'un des associés.

La pensée de l'arrêt, c'est que les parties ayant rédigé un nouveau compromis avaient par cela même renoncé à la stipulation de l'acte de société; qu'elles

avaient notamment répudié la renonciation à l'appel et au pourvoi, qu'elles n'avaient pas renouvelée, et cette appréciation de fait décide la Cour de cassation à rejeter le pourvoi dont cet arrêt avait été l'objet[1]. La faculté de revenir sur la renonciation ne saurait être contestée, lorsque cette résolution est consentie par toutes les parties.

536. La renonciation à l'appel n'entraîne pas celle au pourvoi en cassation. Il n'y a rien d'incompatible entre la prorogation de juridiction et le pourvoi en cassation. On peut bien consentir à être jugé en dernier ressort, mais on n'a pas par cela même concédé la faculté de juger contrairement à la loi et au droit.

La renonciation au pourvoi doit donc également être exprimée. C'est ce qui s'induit d'ailleurs des termes de notre article 52.

537. Cependant l'une et l'autre peuvent tacitement résulter de ce fait unique, à savoir que les arbitres ont reçu le pouvoir de juger comme amiables compositeurs. Un pareil pouvoir dispense de toute obligation et autorise à juger *ex æquo et bono* d'une manière absolument relative.

Nous n'ignorons pas qu'il a été jugé que conférer ce pouvoir, ce n'est renoncer ni à l'appel ni au pourvoi; mais une pareille doctrine nous paraît peu juridique. Comment concevoir un mal jugé de la part de celui qui n'a absolument d'autres règles et d'autres limites que les inspirations de sa conscience? Concevoir une violation

[1] Cass., 16 mai 1834.

des formes prescrites par la loi lorsque le juge a pu se dispenser d'en observer aucune? Nous sommes donc complétement de l'avis de ceux qui ont vu dans le pouvoir de juger comme amiables compositeurs une renonciation à l'appel et au pourvoi en cassation.

538. L'article 52 n'admet expressément que ces deux voies de recours, faut-il en conclure que la matière n'en comporte aucune autre? Qu'en est-il notamment de la requête civile et de l'opposition à l'ordonnance d'exécution?

Quant à la requête civile, nous avons vu qu'il en fut question dans la discussion que souleva l'admissibilité du pourvoi. Préconisée par les uns, elle était combattue par les autres, et l'article renvoyé à la section, sans décision aucune, a depuis gardé le silence sur ce recours.

539. M. Locré accepte ce silence comme le refus d'autoriser la requête civile, puisque, dit-il, l'article ne parle que de l'appel et du pourvoi en cassation, malgré la discussion qui avait eu lieu, c'est que le législateur a repoussé la voie de la requête civile [1].

La conséquence que M. Locré enseigne n'est pas rigoureusement exacte; l'art. 52 ne s'occupe que des voies ordinaires et usuelles pour faire réformer les jugements et arrêts, et à ce titre il n'en admet pas d'autres que l'appel et le pourvoi. Il n'a donc rien prévu à l'endroit des voies extraordinaires, qu'un intérêt réalisable en matière d'arbitrage comme en matière ordinaire a fait consacrer.

[1] *Esprit du Code de comm.*, art. 52.

De là cette conséquence que le silence que s'est imposé le législateur est loin d'être la négation du droit sur lequel il s'est référé au droit commun. En effet, le silence de la loi exceptionnelle laisse à la loi générale toute son autorité, et si pour la matière qui nous occupe il fallait en donner une preuve, nous rappellerions que nulle part la loi n'a expressément admis la requête civile contre les jugements des tribunaux de commerce, et cependant hésite-t-on, a-t-on hésité à l'admettre?

Il ne saurait en être autrement en matière d'arbitrage forcé notamment. Dans ce cas, en effet, les arbitres remplacent les tribunaux de commerce, et leur sentence est à l'instar des jugements rendus par ceux-ci. Pourquoi donc contesterait-on pour les uns ce qu'on admet pour les autres.

Il est vrai que dans le Conseil d'Etat on a contesté l'opportunité de la requête civile contre la décision des arbitres. Mais, en définitive, la discussion n'a rien produit. Aucune décision n'est venue donner raison à ceux qui pensaient ainsi; d'ailleurs, si nous voulions examiner les arguments invoqués à l'appui de cette inopportunité, nous rencontrerions en première ligne la nécessité d'économiser les longueurs et les frais, argument dont on faisait un usage tel, qu'on pouvait s'écrier avec raison qu'on voulait faire acheter aux commerçants, par le sacrifice de l'intérêt du fond de la contestation, l'avantage qu'ils pouvaient avoir à être promptement jugés. Il était de plus évident qu'ici cet argument n'avait aucune portée réelle. Le caractère exceptionnel de la requête civile, les conditions que

son exercice doit réunir, son peu de fréquence dans la pratique ordinaire, ne pouvaient que rassurer tout le monde contre des craintes de ce genre.

On ne devait donc pas, sous de pareils prétextes, rendre le dol et la fraude inattaquables. Ce qui est décisif en cette matière, c'est l'assimilation des sentences des arbitres forcés aux jugements des tribunaux de commerce. Nous verrons tout à l'heure que, pour refuser la voie de l'opposition à l'ordonnance contre les premières, on se fonde sur ce qu'elle n'est pas admise contre les seconds. Par parité de raisons, la requête civile étant admise contre ceux-ci doit également l'être contre celles-là [1].

540. On peut renoncer à la requête civile comme à l'appel, comme au pourvoi en cassation. Cette renonciation n'a pas même besoin d'être expresse; elle peut résulter des termes du compromis, ou de la nature des pouvoirs confiés aux arbitres. On l'a, par exemple, déduite de la clause autorisant les arbitres à juger en dernier ressort, et sans recours à aucun tribunal; de celle par laquelle les parties déclarent que le jugement à intervenir aurait force de transaction sur procès [2].

Mais, ainsi que l'observe M. de Vatisménil, si le dol et la fraude étaient les seuls moyens de requête civile qui pussent être invoqués contre la sentence arbitrale, la renonciation à ce recours serait contraire aux lois.

[1] Colmar, 26 mai 1833; Chauveau sur Carré, art. 1026; de Vatimesnil, n. 301.

[2] Cass., 17 juin 1816, 15 thermidor an XI; Paris, 3 ventôse an XIII.

En effet, les lois, comme les bonnes mœurs, défendent de compromettre d'avance sur le dol, comme sur toute autre espèce de délits. Aussi eût-elle été expressément stipulée et consentie, la renonciation devrait être déclarée nulle ; c'est ce que consacre l'arrêt de Colmar du 26 mai 1833.

541. La question de savoir si l'opposition à l'ordonnance d'exécution, dans les cas prévus par l'art. 1028 C. procéd. civ., est recevable en arbitrage forcé, a longtemps divisé la jurisprudence. Plusieurs Cours, la Cour de cassation elle-même, s'étaient prononcées pour l'affirmative, par la raison que, dans le silence du Code de commerce, les dispositions du Code de procédure civile devaient s'appliquer à l'arbitrage forcé ; que la sentence des arbitres forcés, même revêtue de l'ordonnance d'*exequatur*, n'a point en sa faveur la présomption qui s'attache habituellement aux actes émanés des tribunaux ordinaires; qu'enfin le danger de voir présenter, comme jugement, un acte à tort qualifié de ce nom, n'est pas moins grand, parce que les arbitres dont il émane sont des arbitres forcés et ont statué à raison de contestations sociales.

Cette solution, attaquée par la presque unanimité des auteurs, a été successivement désertée par les Cours qui l'avaient d'abord admise. Depuis longtemps la Cour de cassation s'est rangée à l'opinion contraire [1].

[1] Cass., 7 mai 828; 16 février 1841; J. D. P. 1, 1841, p. 550. Voir Merlin, v° APPEL, *Quest.*, § 1er, n. 24; Pardessus, n. 1417; de Vatisménil, n. 308; Chauveau sur Carré, art. 1028; Thomines Desmazures, n. 1258; Bravard, p. 88.

Celle-ci se justifie par le texte de l'article 52; car, en le rapprochant de l'article 1028, on ne peut hésiter sur le silence qu'il garde à l'endroit de l'opposition. L'article 1028, en effet, indépendamment de l'appel, admet l'opposition, mais refuse le pourvoi. L'art. 52 permet l'appel déjà consacré, et déclare le pourvoi en cassation recevable; il modifie donc l'article 1028, il prend une partie de sa disposition, en change une autre, et se tait sur le reste. Nous le répétons, ce silence ne peut être considéré que comme un rejet.

Cette conséquence, l'esprit de la loi va la justifier d'une manière invincible; les arbitres amiables n'ont aucune mission de la loi : nomination et institution, ils doivent tout aux parties elles-mêmes. Leur sentence n'a donc le caractère de jugement que si elle remplit les conditions que la loi exige pour qu'il en soit ainsi. D'autre part, l'appel n'est possible que contre un jugement. Dès lors, si ce caractère est refusé à la sentence des arbitres amiables, s'il est prétendu qu'elle n'a pas les conditions légales, c'est là un litige préjudiciel qu'il faut vider, et à la décision duquel l'appel se trouve subordonné. A qui donc en confier la connaissance, si ce n'est aux tribunaux ordinaires? De là l'opposition à l'ordonnance d'exécution, non pas pour faire réformer la décision, mais uniquement pour faire déclarer qu'elle n'a rien qui constitue un jugement.

Les arbitres forcés, au contraire, sont souvent nommés par les parties, mais ils ne doivent leur institution qu'à la loi; ils sont appelés à remplacer les tribunaux de commerce, absolument incompétents pour statuer

sur le litige que seuls ils peuvent juger. Leur décision est donc, dans tous les cas, un véritable jugement. Et s'il est vrai qu'elle doive être revêtue de l'ordonnance d'exécution, il est à remarquer que la loi n'entend pas que cette ordonnance puisse être refusée. L'article 61 l'exige pure et simple, et veut que le président la délivre dans les trois jours du dépôt.

Là seulement est donc la décision du premier degré de juridiction; il ne peut jamais s'élever aucun doute à cet égard. A quoi bon dès lors la voie de l'opposition? l'impossibilité de contester le caractère de jugement rend celle-ci illusoire et vaine. Comme tel, en effet, la sentence ne peut être attaquée que par l'appel au principal. Comme griefs à l'appui de celui-ci, on fera valoir les moyens que l'art. 1028 relève comme causes d'opposition, et qui constitueront en matière d'arbitrage forcé, soit un mal jugé, soit une exception d'incompétence.

Les mêmes griefs pourront incontestablement être invoqués comme moyens de cassation de la sentence. A quoi bon ce pourvoi si la voie d'opposition était admise? Celle-ci suffit à tous les besoins, et la preuve c'est qu'en l'admettant l'art. 1028 prohibe le pourvoi en cassation. Par l'argument *a contrario*, on doit donc dire que l'art. 52 admettant le pourvoi prohibe par cela même l'opposition.

Ainsi le texte et l'esprit de la loi se réunissent pour résoudre négativement notre question.

542. Envisagée à un autre point de vue, cette question a donné lieu à de nouveaux débats. On s'est de-

mandé si la solution devait être la même dans l'hypothèse où les parties ont renoncé à l'appel et au pourvoi en cassation. Dans ce cas, a-t-on dit, l'arbitrage, forcé en principe, devient, en quelque sorte, volontaire dans l'exécution ; il doit donc être régi par les principes applicables à ce dernier.

Mais à quel titre la loi se montrerait-elle plus exigeante que les parties elles-mêmes ? S'il a plu à celles-ci de s'interdire tout recours, de quoi pourront-elles justement se plaindre si on les réduit à exécuter le contrat qu'elles ont volontairement souscrit ? Ce qui est certain, c'est que ce contrat n'a pu changer la nature et le caractère de l'arbitrage. Ce qui en résulte, c'est que le pouvoir du juge a été amplifié, mais son principe n'a pas cessé d'être dans la nécessité légale de l'arbitrage ; c'est-à-dire que dans ce cas les arbitres forcés sont sur la même ligne que les tribunaux de commerce dans l'hypothèse prévue par l'art. 639 [1].

Cette doctrine est la seule vraie, non pas seulement en l'état d'une renonciation à l'appel et au pourvoi en cassation, mais encore dans l'hypothèse où les arbitres ont été constitués amiables compositeurs. C'est ce que la Cour de cassation admettait formellement, le 15 mai 1838. Cet arrêt est d'autant plus considérable, qu'il intervenait sur un second pourvoi, dans une espèce où la Cour de cassation avait d'abord consacré le contraire, par arrêt du 29 avril 1837 [2].

[1] Cass., 16 février 1841. J. D. P., 1, 1841, p. 550 ; Paris, 17 avril 1847 ; D. P., 47, 4, v° *Arbitres*.

[2] J. D. P., 1, 1837, p. 404 ; 1, 1838, p. 587 ; Paris, 3 août 1841 ; *Ibid.*, 2, 1841, p. 338.

543. Ainsi, la sentence rendue par les arbitres forcés peut être attaquée par appel, frappée de pourvoi, ou devenir l'objet d'une requête civile. Toute autre voie d'attaque est absolument interdite; on peut renoncer à l'appel et au pourvoi, sans jamais être relevé des effets de cette renonciation. Celle à la requête civile devrait être annulée en cas de dol et de fraude.

La loi n'a tracé aucune forme, aucun délai à cette renonciation. Tant que la sentence n'est pas rendue, elle peut être convenue et consentie, à plus forte raison le peut-elle être après la prononciation, sauf le cas prévu par l'art. 63 C. de comm.

544. Aux termes de l'art. 52 C. comm., l'appel de la sentence arbitrale doit être porté devant la Cour impériale du ressort. En matière d'arbitrage volontaire, l'art. 1023 défère l'appel soit au tribunal de première instance, soit à la Cour suivant que l'objet sur lequel les arbitres ont prononcé était en premier ressort de la compétence du juge de paix ou du tribunal. L'art. 52 ne distingue plus. Les arbitres forcés remplaçant les tribunaux de commerce, l'appel de leur jugement, s'il est recevable, ne peut être apprécié que par la Cour.

C'est également la Cour qui doit statuer sur la requête civile. En effet, aux termes de l'art. 1026, parfaitement applicable en matière d'arbitrage forcé, la requête civile doit être portée devant le juge, qui eût été compétent pour connaître de l'appel. Nous venons de voir qu'en arbitrage forcé ce juge est nécessairement la Cour; c'est donc, par cela même, à son appréciation que doit être déférée la requête civile.

ARTICLE 53.

La nomination des arbitres se fait :
Par un acte sous signature privée ;
Par acte notarié ;
Par acte extrajudiciaire ;
Par un consentement donné en justice.

ARTICLE 54.

Le délai pour le jugement est fixé par les parties, lors de la nomination des arbitres ; et si elles ne sont pas d'accord sur le délai, il sera réglé par les juges.

ARTICLE 55.

En cas de refus de l'un ou de plusieurs associés de nommer des arbitres, les arbitres sont nommés d'office par le tribunal de commerce.

SOMMAIRE.

545. Caractère et conséquences du droit que les parties ont de nommer les arbitres.
546. Ce droit passe-t-il au cessionnaire de l'associé ?
547. Arrêt de la Cour de Rouen pour la négative. Réfutation.
548. Faculté pour les associés de déléguer la nomination des arbitres à un tiers. Conséquences de son exercice.
549. Dans quelle forme se fait la nomination.
550. Faute par les parties de choisir les arbitres, la désignation en appartient au tribunal de commerce. Etendue et nature du pouvoir qui lui est conféré.
551. Caractère du jugement renfermant cette désignation. Conséquences.
552. Droits des parties et du tribunal relativement au nombre des arbitres.
553. Examen de l'opinion de M. Vatismenil. Inconvénients qu'elle entraînerait.

579. Comment la prorogation doit-elle être prouvée? Résulte-t-elle tacitement des faits et circonstances.

580. Droit de l'associé non appelé à la prorogation de former tierce opposition au jugement.

545. L'arbitrage étant forcé en matière de sociétés commerciales, il importait d'assurer dans tous les cas la nomination des arbitres. La première pensée de la loi a été et devait être de confier cette nomination aux parties elles-mêmes. Elle s'est ensuite précautionnée contre un refus obstiné et invincible. Telle est en résumé la disposition des articles 53 et 55.

Donc la nomination des arbitres appartient tout d'abord aux parties, le tribunal n'est appelé à les suppléer que si elles refusent d'user de leurs droits, ou que si plusieurs devant nommer un seul arbitre ne s'entendent pas entre eux.

Le droit des parties est absolu et sans limite, et son exercice participe de ce double caractère. On ne saurait le refuser à leurs représentants ou ayants cause, alors même que personnellement ceux-ci n'auraient pas la capacité de compromettre.

Autre chose, en effet, est compromettre, autre chose nommer des arbitres conventionnellement ou légalement arrêtés en principe. Cette différence ne s'aperçoit guère dans l'arbitrage amiable. Le compromis qui en établit l'obligation doit, à peine de nullité, désigner le nom des arbitres. Compromettre et nommer les arbitres sont deux opérations qui se consomment en même temps.

Que si l'arbitrage volontaire avait été convenu sans

qu'on eût désigné les arbitres, le compromis ne serait qu'une promesse d'arbitrage, qu'une clause compromissoire que les parties peuvent sans doute exécuter, mais dans le cas où chacune d'elles jouit de la capacité civile. En conséquence, le tuteur de l'héritier mineur, les syndics d'un commerçant failli, n'ayant pas cette capacité, ne pourraient légalement procéder à la nomination des arbitres.

Si, malgré la nullité incontestable de la clause compromissoire, les tuteurs ou syndics ont procédé à cette nomination, ils n'ont en réalité conféré aucuns pouvoirs. La sentence que ces arbitres rendraient serait essentiellement, viscéralement nulle.

Il n'en est pas de même en matière d'arbitrage forcé. La clause compromissoire que l'acte social renfermerait n'est que la reconnaissance conventionnelle d'un devoir impérieusement prescrit par la loi. Non-seulement elle n'est pas nulle, mais on la suppléerait si elle n'était pas inscrite. Dès lors la nomination des arbitres faite en exécution étant forcée, le tuteur de l'héritier mineur, le syndic de l'associé en faillite y procéderait valablement et obligatoirement; mais ni l'un ni l'autre ne pourrait, dans ce cas, renoncer à l'appel, et moins encore conférer aux arbitres la qualité d'amiables compositeurs, si l'acte social se taisait sur ces deux points [1].

546. Le cessionnaire de l'associé a-t-il le droit de nommer les arbitres dans les contestations que la dissolution suscite?

[1] Cass. 6 avril 1818.

Cette question semble d'une nature telle qu'aucune difficulté ne pourrait surgir sur sa solution. En effet, du cessionnaire au cédant la liquidation sociale soulèvera un intérêt distinct. Celui du premier, tendant à donner à la cession une exécution loyale et entière est incontestable. Il ne faudrait pas que par une connivence frauduleuse avec ses coassociés, le dernier pût, en concertant la constitution du tribunal arbitral, anéantir ou modifier les effets de la cession. Conséquemment lorsque celle-ci est partielle, le cessionnaire n'a pas le droit de nommer un arbitre, mais il a incontestablement celui de concourir avec son cédant à la désignation de celui qui devrait être nommé par lui.

Si la cession est totale, la solution est bien plus simple encore. Le cessionnaire n'a aucun droit personnel contre les coassociés du cédant ; mais il exerce les droits et actions que celui-ci pourrait poursuivre lui-même. On ne saurait donc lui refuser ce qu'on n'aurait pu refuser à son auteur, et le droit de celui-ci de nommer un arbitre reposerait évidemment sur sa tête.

547. La Cour de Rouen a cependant résolu la question en sens contraire, en décidant le 27 juin 1828 que le cessionnaire doit rester complétement étranger à la constitution du tribunal arbitral. L'arrêt motive cette solution, en admettant que si l'associé gérant d'une société peut transporter à un créancier de celle-ci une créance litigieuse à recouvrer sur un de ses membres, il n'a pu valablement lui déférer le droit de discuter personnellement la validité de cette créance et de poursuivre la nomination d'arbitres.

Cette doctrine est fort singulière. Depuis quand l'acquéreur d'une créance n'a-t-il pas le droit de contraindre le débiteur au payement? Or, comment atteindre à ce résultat s'il ne lui est pas permis de discuter personnellement le mérite de la créance, c'est-à-dire de son droit lui-même.

Ainsi, le cessionnaire sera réduit à attendre que son cédant ait établi la validité du droit qui ne lui appartient plus ; et si, devenu insolvable, ce cédant n'a plus aucun intérêt personnel, s'il collude avec le débiteur son associé, s'il se défend mal, s'il néglige même de se défendre, le cessionnaire sera condamné à en supporter les conséquences? En vérité, on ne saurait imaginer un système plus inique, plus contraire aux notions de droit universellement admises.

Ce qui est certain, c'est que le cessionnaire est recevable à se prévaloir, pour établir la certitude de son droit, de tous les moyens que le cédant aurait pu invoquer lui-même. Etant aux droits de celui-ci, il en exerce les actions, aux termes de l'art. 1166 C. Nap.

La Cour de Rouen ne méconnaît pas les déductions logiques naissant de cette disposition. Seulement elle refuse de l'appliquer. Le droit de nommer des arbitres, dit-elle, est exclusivement attaché à la personne de l'associé. Donc, non-seulement il n'a pas été cédé, mais il n'a pu l'être.

L'erreur est palpable. Les droits exclusivement attachés à la personne dont s'occupe l'art. 1166 sont ceux que les héritiers mêmes ne peuvent exercer, car ils s'éteignent avec la personne même. Oserait-on soute-

nir que les héritiers de l'associé ne pourront nommer les arbitres lors de la dissolution? Evidemment cette nomination est une obligation ou un privilége attaché à la qualité bien plutôt qu'à la personne. Il ne peut donc être placé dans la catégorie des droits que l'article 1166 défend aux créanciers d'exercer.

Mais, ajoute l'arrêt, déléguer à un tiers le pouvoir de nommer les arbitres serait l'associer à la société même, au mépris de l'art. 1861 C. Nap., puisque ce tiers se trouverait immiscé dans l'exercice des droits que la loi n'a entendu accorder qu'aux sociétaires seuls.

Cet argument n'est que le renouvellement, sous une autre forme, de celui qui précède. Le cessionnaire n'a aucun droit personnel et direct contre les associés. Il n'agira donc jamais qu'au nom de son cédant et comme exerçant ses droits. En réalité donc, il ne s'immiscera pas personnellement, et la preuve c'est qu'on pourra l'écarter par tous les moyens, qu'il devra subir toutes les exceptions opposables à celui-ci.

En résumé donc le cessionnaire n'est pas l'associé des autres sociétaires, mais il est sans aucun doute possible celui de son cédant. En cette qualité, il a sur la chose commune un droit aussi certain, aussi sacré que son cédant lui-même. Or, en pareille matière, la chose commune c'est l'intérêt que ce dernier a dans la société. En conséquence, si pour la détermination de cet intérêt il faut recourir à l'arbitrage, le cessionnaire est fondé à exiger que la nomination que son cédant est appelé à faire soit concertée avec lui, et qu'à défaut

elle soit laissée à l'initiative du tribunal [1]. Si la cession était de tous droits, le cessionnaire mis tout simplement au lieu et place de son cédant serait seul à même de désigner l'arbitre.

548. Les associés appelés à nommer un arbitre peuvent déléguer ce soin à un tiers; ils ont à cet égard la plus complète, la plus absolue liberté, tant sur la constitution du mandat que pour le choix du mandataire. Il en est de même en arbitrage volontaire.

Il n'y a même plus dans ce cas à observer les règles de juridiction et de compétence. Ainsi, les compromettants amiables pourraient déléguer le choix des arbitres au président du tribunal de commerce; les associés, laisser ce soin au président du tribunal civil, au juge de paix ou à tout autre magistrat, sauf l'application de ces mêmes règles pour le dépôt de la sentence et l'ordonnance d'exécution.

549. La loi n'a tracé aucune forme spéciale et sacramentelle pour la nomination des arbitres. Elle peut être constatée par un acte authentique et notarié ou par un simple sous-seing privé. Mais cette forme purement conventionnelle ne sera pas toujours possible en matière de société. Nous avons déjà dit que la dissolution amène bien souvent l'animosité et la discorde, excluant toute possibilité d'un rapprochement conventionnel.

Dans cette prévision, le législateur a autorisé la nomination par acte extrajudiciaire ou par un consentement donné en justice.

[1] Paris, 4 et 11 avril 1835.

Dans le premier cas, la partie ayant choisi son arbitre le fait savoir à son adversaire, en lui en notifiant le nom. Dans le même exploit, elle le somme de choisir le sien et de le déclarer, soit en réponse au bas de l'exploit, soit par exploit séparé. A défaut elle l'ajourne devant le tribunal de commerce pour venir voir faire cette nomination d'office.

La désignation faite en réponse ou par acte séparé, le contrat est parfait entre les parties, et le tribunal arbitral régulièrement constitué.

La nomination a lieu par consentement en justice, lorsque chaque partie désignant son arbitre se fait concéder acte de son choix. Le jugement concédant cet acte rend définitive la constitution du tribunal arbitral.

L'art. 1005 C. procéd. civ. dispose que le compromis pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres choisis. Il est évident que le même fait se réaliserait valablement en arbitrage forcé. Ce dont la loi se préoccupe exclusivement, c'est du concours de volontés créant le tribunal arbitral; elle l'accepte, quelle que soit la forme sous laquelle il se produit.

Les arbitres pourraient donc constater eux-mêmes leur nomination, dans le procès-verbal d'ouverture de leurs opérations. Mais il importe de retenir que pour la validité de cette constatation, le procès-verbal doit être signé par toutes les parties. A défaut de cette signature, le procès-verbal resterait l'œuvre exclusive des arbitres et leur nomination ne serait pas même opposable aux parties.

550. Faute par les parties de choisir leurs arbitres,

la nomination en appartient au tribunal de commerce, qui les désigne d'office. Cette mission donnée aux tribunaux n'est pas nouvelle ; l'ordonnance de 1673 l'avait consacrée ; l'article 9, titre IV, chargeait en effet le juge de nommer l'arbitre *pour ceux qui en feraient refus.*

Est-ce là ce que l'article 55 a voulu dire ? L'affirmative résulte de la nature des choses et du rôle qui est déféré à la justice. Elle n'intervient que pour constituer légalement le tribunal arbitral, lorsque les parties refusent de le faire. Or, ce refus n'existe que de la part de celle qui ne veut pas choisir son arbitre. Que la justice le fasse alors pour elle, c'est ce que la raison conseille et approuve ; mais que l'obstination de cette partie entraînât pour l'autre la perte du droit qu'elle puise dans la loi, et qu'elle entend exercer, c'est ce qui est inadmissible. Un pareil résultat ne serait ni légal ni équitable,

L'article 55 ne dispose donc, pour le présent et l'avenir, que ce que l'ordonnance de 1673 avait admis dans le passé. Si le texte n'est pas aussi explicite, il l'est assez cependant pour justifier cette solution. En effet, observe la Cour de cassation, si cet article dit qu'en cas de refus de l'un ou de plusieurs associés, les arbitres seront nommés d'office, on ne peut raisonnablement en conclure que le juge soit autorisé, dans ce cas, à donner des arbitres à toutes les parties ; ces mots de l'article 55 : *les arbitres seront nommés d'office*, se rapportent, d'après le sens grammatical de la phrase, aux arbitres dont il est parlé dans cet article, c'est-à-

dire à ceux de l'associé ou des associés qui font refus d'en nommer, et par conséquent ce sont ceux-là seuls dont la nomination est dévolue aux juges. C'est ce qui a été admis en doctrine et en jurisprudence[1].

551. Quel que soit le motif pour lequel la nomination des arbitres ou de l'un d'eux a été déférée au tribunal de commerce, le jugement qui en renferme la désignation est un jugement ordinaire, rendu sur une matière indéterminée.

De là cette double conséquence. Il est susceptible d'opposition s'il a été rendu par défaut; d'appel s'il est contradictoire. Quelques difficultés s'étaient élevées sur ce dernier droit, lorsque l'acte social avait stipulé la renonciation à l'appel. On voulait étendre l'effet de cette clause à toutes les décisions rendues pour la constitution du tribunal arbitral, qu'on soutenait dès lors l'avoir été en dernier ressort.

Mais ce système n'a pas prévalu. La Cour de cassation n'a vu dans ces contestations que des difficultés coïncidentes, totalement indépendantes du fond. Elle a donc admis qu'elles ne pouvaient être atteintes par la renonciation à appeler des jugements que les arbitres rendraient sur le fond[2].

L'appel est donc dans tous les cas recevable, et son effet est de mettre les parties dans le même état qu'elles étaient avant le jugement. En conséquence, celle qui a refusé, en première instance, d'user du droit de désigner son arbitre, est fondée à le faire devant la Cour.

[1] Cass., 9 avril 1816.
[2] 15 février 1818.

L'acte qu'elle se ferait concéder de cette nomination entraînerait la réformation du jugement et empêcherait toute nomination d'office. Seulement nous croyons qu'elle devrait être condamnée aux dépens d'appel, ces dépens n'étant que la conséquence du refus volontaire d'user en temps opportun de la faculté qu'elle revendique tardivement.

552. En arbitrage forcé, comme dans l'arbitrage volontaire, les parties sont libres de nommer deux ou trois arbitres à leur choix. La loi s'arrêtant au principe de l'arbitrage, n'en régit l'exécution qu'à défaut de convention à cet égard. Elle s'en rapporte tout d'abord aux convenances des parties. A quoi bon d'ailleurs, dans la prévision d'un partage entraînant des longueurs et des frais, leur interdire de le rendre impossible, en instituant les arbitres en nombre impair?

Mais ce que les parties ont le droit de faire n'est pas facultatif pour les tribunaux; ceux-ci ne peuvent nommer jamais que deux arbitres: ils n'ont pas la faculté de désigner le tiers avant qu'un procès-verbal régulier de partage ait rendu cette désignation indispensable. L'article 429 C. proc. civ. permettant de nommer un ou trois arbitres ne régit que les arbitres experts. Il est inapplicable aux arbitres juges[1].

Les tribunaux ne peuvent donc, même pour prévenir un partage, nommer les arbitres en nombre impair. Cependant cette nomination, si elle se réalise, n'est reprochable qu'au point de vue du degré supé-

[1] Bordeaux, 15 novembre 1827.

rieur. Elle devrait être nécessairement annulée si elle était attaquée par les parties. Mais la sentence que le tribunal arbitral, ainsi constitué, aurait prononcée ne devrait pas être infirmée; le vice de la nomination peut être couvert, et c'est ce que les parties sont présumées avoir fait lorsqu'elles ont conclu au fond devant les arbitres. Ne pas attaquer le jugement, c'est le ratifier, et la validité de cette ratification ne saurait être mise en doute. Les parties pouvant directement nommer trois arbitres ont pu incontestablement accepter la nomination faite d'office par le tribunal [1].

La limitation du nombre des arbitres forcés à deux seulement tient à une idée fort simple, à savoir, qu'en matière de sociétés il n'y a que deux intérêts principaux, celui des gérants, celui des associés étrangers à la gestion. Sans doute autour de ces intérêts généraux peuvent se grouper quelques intérêts accessoires et secondaires. Les gérants successifs ou les cogérants peuvent avoir entre eux des intérêts opposés et vouloir se renvoyer réciproquement la responsabilité de certains actes. Mais on ne pouvait se préoccuper outre mesure des prétentions de ce genre, ni surtout leur accorder des nominations distinctes. A quelles conséquences n'arrivait-on pas dans le système contraire?

La plus immédiate et la plus déplorable était de paraître céder à une idée malheureusement déjà trop répandue, et plus malheureusement encore trop souvent suivie, à savoir que chaque arbitre appartient exclusi-

[1] Cass., 23 juillet 1833.

vement à celui qui l'a élu. Douter de l'impartialité de ceux nommés pour juger le principal intérêt ne paraissait susceptible d'aucune autre explication plausible.

553. Aussi, M. de Vatismenil enseignant que le nombre des arbitres se règle par les intérêts distincts s'empresse-t-il de protester contre toute idée de ce genre. Le tribunal arbitral une fois constitué, dit-il, tous les arbitres appartiennent à chaque partie. Si une nomination est due à chaque intérêt distinct, c'est qu'il est juste que chaque intérêt puisse concourir à la constitution du tribunal arbitral [1].

Ce concours existe suivant nous dans la nomination des deux arbitres, soit par la convention des parties, soit par une décision du tribunal. En effet, il est impossible que l'intérêt d'un associé, distinct de celui d'un autre associé, ne se confonde pas avec l'intérêt des autres. Ainsi, le cogérant déclinant l'effet d'une responsabilité a, avec tous les associés non gérants, intérêt à ce que tombant sur un autre, cet effet vienne augmenter la masse à partager. Ainsi l'intérêt distinct entre les gérants devient pour chacun d'eux identique à celui des associés étrangers à la gestion.

Il est évident dès lors que chaque gérant ayant pour ce qui le concerne intérêt à faire repousser les prétentions des non-gérants, et un arbitre étant accordé à cet intérêt, les gérants auront concouru à la constitution du tribunal par cette nomination, pour ce qui concerne leur intérêt général, par celle de l'autre arbitre pour

[1] *Encyclopédie du droit*, v° Arbit., n. 170.

celui qu'ils peuvent avoir les uns contre les autres. Ce que demande M. de Vatismenil n'a donc pas besoin d'une élection multiple ; il se trouve naturellement résulter d'une double nomination.

La première n'a donc à invoquer aucun motif réel et sérieux. Rien n'en justifie l'utilité. Tout, au contraire, fait un devoir de la proscrire; elle ne pourrait que compromettre des intérêts légitimes, priver les associés des garanties que la loi a voulu leur accorder, que sacrifier un des deux intérêts principaux, en assurant la majorité au côté qui, sous prétexte d'intérêt distinct, aurait obtenu, par exemple, deux nominations sur trois.

554. Aussi la jurisprudence s'éloigne-t-elle de cette doctrine, dont la tendance serait de rendre l'arbitrage tel que le législateur l'a organisé une exception presque irréalisable. En fait, il est certain que chaque associé a un intérêt personnel distinct de ses autres associés, au point de vue du règlement de ses droits particuliers. Dans quelles limites devrait-on restreindre l'intérêt distinct donnant droit à une nomination spéciale? A quelles conditions devrait-on le reconnaître? Questions ardues et embarrassantes dont les tribunaux se sont épargné la solution lorsque, par une saine interprétation de la loi, ils ont apprécié la nomination des arbitres au point de vue de l'intérêt social et nullement à celui de l'intérêt personnel de chaque associé.

Cette appréciation a déterminé la Cour de Metz à juger, le 10 décembre 1819, que deux associés, qui demandent compte de sa gestion au troisième, n'ont pas

le droit de nommer chacun un arbitre. Dans cette espèce les deux associés avaient articulé, et le premier juge avait admis, que chacun d'eux avait un intérêt distinct; mais la Cour observe, avec juste raison, qu'au point de vue de la société, il n'y a que deux intérêts, celui des demandeurs en reddition de compte, et celui du défendeur; que dès lors les premiers ne pouvaient et ne devaient nommer qu'un seul arbitre.

La même règle est consacrée par la Cour de Douai, jugeant, le 7 juillet 1840, que relativement aux questions que soulève la gestion, le gérant et le cogérant n'ayant qu'un seul et même intérêt, il n'y a lieu qu'à la nomination d'un seul arbitre pour tous les deux [1].

Maintenant admettez le contraire dans chacune de ces espèces. Dans la première, l'élément étranger à la gestion ayant dominé dans la constitution du tribunal arbitral, la majorité lui était acquise et le gérant courait grand risque d'être condamné. Dans la seconde, le danger d'une condamnation menaçait les sociétaires, précisément parce que les gérants ayant obtenu deux nominations sur trois, la chance d'une majorité était tout entière pour eux. Dans l'une comme dans l'autre, l'inégalité du résultat est un sûr garant que de pareilles éventualités n'ont pu entrer dans les prévisions du législateur.

555. La conclusion que ces considérations nous inspirent, c'est qu'en matière de société, les arbitres ne doivent être qu'au nombre de deux. Le tribunal ainsi

[1] J. D. P., 2, 1840, p. 57.

composé est parfaitement en mesure d'apprécier non-seulement l'intérêt général du litige, mais encore les intérêts particuliers que le règlement des droits personnels de chaque associé est dans le cas de faire surgir.

De là cette conséquence que tous les associés ayant un même intérêt n'ont droit qu'à un seul arbitre, dont la désignation doit être convenue et arrêtée par tous. Ce choix ne comporte ni majorité ni minorité. Il doit être unanime : à défaut, la nomination doit être faite par le tribunal. Il suffirait qu'un seul refusât l'arbitre désigné par tous les autres, pour qu'il y eût lieu à une nomination d'office [1].

556. En fait, il peut arriver que, contrairement à leur droit, plusieurs associés aient désigné chacun un arbitre, quoiqu'ils dussent s'entendre pour en désigner un seul. Une pareille nomination est évidemment irrégulière; elle serait annulée sur la poursuite de la partie intéressée.

Mais si, loin de poursuivre la nullité, celle-ci acceptait la nomination; si elle comparaissait devant les arbitres et se défendait, la constitution du tribunal arbitral serait définitivement acquise. Elle ne pourrait plus être querellée sous aucun prétexte. Dès lors, la décision rendue par les deux arbitres nommés par les associés ayant le même intérêt, contre l'avis du troisième, serait régulière et obligatoire. Vainement soutiendrait-on que les deux arbitres ne représentant que le même intérêt ne doivent avoir qu'une seule voix.

[1] Cass., 10 avril 1816, 21 avril 1840; J. D. P., 1, 1840, p. 587.

Cette exception devait être soulevée au moment de la nomination, qu'elle eût fait réduire aux proportions légales. Elle est tardivement proposée après l'acceptation pure et simple de la nomination [1]. Cette acceptation est l'abandon du droit que l'associé pouvait faire valoir, et l'acquiescement formel à la prétention des adversaires.

557. Mais un pareil effet ne se produit que si l'acceptation dont on se prévaut a été absolue et sans condition. Celui qui n'adhérerait au choix de ses coassociés qu'en revendiquant pour lui un avantage du même genre ne se serait pas rendu non recevable à quereller la nomination faite par eux, dans le cas où il serait amené à le faire par des difficultés élevées sur sa propre demande. Ainsi, lorsque dans une instance en nomination d'arbitres, deux associés nomment chacun un arbitre, le fait de la part d'un troisième associé de ne pas s'opposer à cette double nomination, mais en demandant de son côté que, vu l'intérêt identique de ses coassociés, il soit adjoint un nouvel arbitre à celui qu'il a lui-même choisi, ne constitue pas de sa part un acquiescement absolu et définitif au droit pour les coassociés d'avoir deux arbitres. Il est évident que le consentement est, dans cette hypothèse, subordonné à l'adjonction demandée, laquelle aura pour effet de doubler le nombre ordinaire des arbitres, sans modifier les proportions légales; car, sur les quatre, chaque intérêt en aura choisi deux. Le contrat judiciaire étant dès lors indivi-

[1] Cass., 23 novembre 1824.

sible, le retirement de la condition amènera celui de l'acquiescement et remettra le tout en question. Dans une espèce pareille, la Cour de Colmar d'abord, la Cour de cassation ensuite, a décidé que, si les associés appellent du jugement qui a accordé le nouvel arbitre, l'associé peut, par voie d'appel incident, conclure à ce que, au cas où la désignation de cet arbitre serait annulée, celle des deux arbitres choisis par ses coassociés le fût également, et à ce qu'il ne leur en soit nommé qu'un, attendu l'identité de leur intérêt [1].

558. En matière d'arbitrage forcé, le choix des arbitres n'a pas à être concerté entre les parties; chacune d'elles est indépendante et libre; elle n'a d'autre guide que ses intérêts et ses convenances. La désignation à laquelle elle s'arrête est obligatoire pour son adversaire, à moins que celui-ci n'eût à exercer une récusation contre l'arbitre élu.

A cet endroit, il est vrai que la loi commerciale garde le plus complet silence; mais ce silence n'est plus la négation du droit. Les principes réglant la récusation des arbitres amiables s'appliquent aux arbitres forcés, par une identité de raisons incontestables. Quel motif pourrait-on, en effet, alléguer pour contraindre une partie à accepter pour juge celui dont elle aurait de justes motifs de suspecter l'impartialité en ce qui la concerne? D'ailleurs, les arbitres forcés remplacent les tribunaux de commerce. Les membres de ces tribunaux pouvant être récusés, on ne saurait raisonna-

[1] Cass., 21 avril 1840; J. D. P., 1, 1840, p. 587.

blement admettre le contraire à l'endroit des arbitres.

L'art. 1014 C. procéd. civ. est donc applicable à l'arbitrage forcé, mais avec les tempéraments que commandent les différences existant entre cet arbitrage et l'arbitrage volontaire. Ainsi, aux termes de cet article, les causes de récusation doivent être survenues depuis le compromis. Le fondement de cette disposition, c'est que l'art. 1006 exige que le compromis désigne le nom des arbitres. Dès lors, chaque partie, en signant cet acte, reconnaît par cela même n'avoir aucune plainte à exercer sur le choix des arbitres qu'elle revêt de son approbation.

559. Mais l'application littérale de cette disposition est impossible en arbitrage forcé. Le plus souvent il n'y aura pas d'autre compromis que l'acte social, et comme cet acte ne désigne pas les arbitres, on ne saurait reconnaître, comme causes de récusation, que celles survenues depuis.

Donc, en pareille matière, il faudra distinguer si les associés ont nommé les arbitres par acte authentique, ou sous seing privé, cet acte remplacera le compromis dont parle l'art. 1014, et les arbitres ainsi nommés ne pourront être récusés que pour causes survenues depuis la signature de l'acte.

Si la nomination s'effectue par acte extra-judiciaire, la récusation doit être proposée dès que, par la signification de l'acte, le choix de l'arbitre a été connu. En conséquence, toute récusation pour cause antérieure à la signification serait irrecevable, si celui qui l'a reçue avait en réponse indiqué son arbitre, sans récuser celui

de son adversaire, ou si, en recevant cette indication, il l'avait tacitement ou expressément acceptée.

Enfin, si la nomination a lieu en jugement, la récusation doit être proposée par des conclusions en réponse à celles par laquelle chaque partie demande qu'il lui soit concédé acte de la nomination qu'elle déclare faire. Le jugement concédant cet acte purement et simplement équivaut au contrat d'acceptation, et les arbitres ainsi agréés ne pourraient être récusés que pour des causes postérieures au jugement.

La Cour de Lyon a fait une juste application de cette règle, par arrêt du 15 décembre 1840. Il est admis en arbitrage forcé que si, dans l'acte de société, les parties sont convenues de prendre les arbitres dans une classe déterminée de citoyens, cette stipulation est obligatoire et doit recevoir tous ses effets [1].

Sollicitée d'appliquer cette doctrine, la Cour de Lyon en reconnaît la légalité; mais elle déclare la demande dont on l'investit tardive et irrecevable, chaque partie ayant fait choix d'un arbitre à l'audience du tribunal de commerce qui en avait contradictoirement donné acte. La nomination ainsi faite par toutes les parties, contrairement aux dispositions de l'acte, en implique virtuellement l'abandon, et les arbitres, quoique pris en dehors de la classe indiquée, ne peuvent plus être récusés sous ce prétexte, après avoir été acceptés contradictoirement [2].

560. De ce que l'exclusion de toute cause de récusa-

[1] Paris, 6 août 1806; Rennes, 13 mars 1823; Cass., 6 février 1833.
[2] J. D. P.. 1, 1841, p. 556.

tion antérieure au compromis, prononcée par l'article 1014 C. procéd. civ., est fondée sur l'acceptation présumée des parties, il résulte :

1° Que cette acceptation doit avoir été faite en connaissance de cause. L'art. 1014 présume cette connaissance, mais sans exclure la preuve contraire. En conséquence, si la partie établissait, par exemple, qu'à son insu l'un des arbitres était débiteur ou créancier de son adversaire, la récusation qu'il proposerait depuis la découverte du fait devrait être admise [1];

2° Que cette disposition de l'art. 1014 est inapplicable aux arbitres désignés d'office par le tribunal de commerce, tant que les parties ne se sont pas approprié leur nomination en la ratifiant ou l'acceptant. Or, l'une et l'autre résulteraient incontestablement du fait qu'elles ont comparu devant les arbitres, et ont plaidé devant eux.

561. Cette solution, en quelque sorte justifiée par la disposition de l'art. 382 C. procéd. civ., fait disparaître une difficulté qui avait surgi sur le délai pendant lequel devait être réalisée la récusation des arbitres nommés d'office. Les uns, se fondant sur l'article 309 C. procéd. civ., et assimilant les arbitres aux experts, veulent que la récusation soit réalisée dans les trois jours de la signification du jugement de nomination ; d'autres accordent un délai de quinzaine, par application du décret du 2 octobre 1793, sur la récusation des arbitres institués pour les contestations des com-

[1] Boitard, sur l'art. 1014; Thomines Desmazures, n. 1235.

munes; d'autres, enfin, n'admettent d'autres limites que celles tracées par l'art. 382.

Cette dernière opinion est plus juridique, et nous l'eussions accueillie sans réserve, si l'article 1014 ne nous avait paru commander celle que nous venons d'énoncer. Les parties ne doivent comparaître devant les arbitres nommés d'office qu'après avoir recherché leur position à leur égard. En conséquence, si elles comparaissent, c'est que le résultat de leurs recherches a été qu'il n'existait aucune cause de récusation, ou que, s'il en existait, il convenait de ne pas s'en prévaloir. Dans l'un comme dans l'autre cas, il y a acceptation du tribunal arbitral, et cette acceptation que l'article 1014 présume rend sa disposition parfaitement applicable.

562. Le Code de procédure civile s'occupe de la récusation des experts, des juges de paix, des magistrats ordinaires. Il se tait absolument sur celle des arbitres. Ne fallait-il pas conclure de ce silence que les arbitres étant assimilés à des juges, leur récusation obéissait aux règles à suivre à l'endroit de ceux-ci? L'affirmative a été admise par la doctrine et par la jurisprudence.

L'article 378 C. procéd. civ. régit donc les arbitres. Cela donné, on s'est demandé si, à leur égard, sa disposition était limitative. Ce caractère, en ce qui concerne les juges eux-mêmes, a été contesté, notamment par M. Pigeau. Mais, selon nous, M. Carré, et, après lui, M. Chauveau, ont évidemment prouvé le contraire, et justifié qu'il serait aussi contraire à la dignité des

juges qu'à l'intention du législateur d'admettre d'autres causes de récusation que celles énumérées dans l'article 378[1].

Or, les arbitres sont juges dans l'instance pour laquelle ils ont été nommés. C'est en cette qualité qu'on soumet leur récusation aux conditions édictées par l'article 378. Il faut donc, par une déduction logique, reconnaître que cet article ne pouvait perdre, en ce qui les concerne, le caractère que le législateur lui a reconnu. C'est, au reste, ce qui a été admis en doctrine et en jurisprudence[2].

On ne peut donc rien ajouter à l'article 378. Par réciprocité, on ne peut rien en retrancher, c'est-à-dire qu'une des causes y exprimées se trouvant établie, la récusation se trouve légalement justifiée et doit être accueillie.

563. Mais cette règle, absolument vraie pour les juges ordinaires, reçoit des modifications forcées pour ce qui concerne les arbitres. Il est pour ceux-ci des causes de récusation dont l'article 378 ne pouvait s'occuper, et qu'il n'a pas dès lors tacitement repoussées. Nous en avons déjà indiqué une que la jurisprudence a consacrée, à savoir la clause de l'acte social portant que les arbitres seront pris dans une classe déterminée de citoyens. Les arbitres choisis en violation de cette convention sont essentiellement récusables.

Il y a une autre cause de récusation bien plus grave

[1] Chauveau sur Carré, art. 378, quest. 1364.

[2] Voir notamment de Vatismenil, n. 183; Cass., 16 novembre 1825 et 8 février 1832.

que l'article 378 ne pouvait prévoir, nous voulons parler non-seulement de la minorité ou de l'interdiction, mais encore de l'incapacité résultant d'une condamnation criminelle.

On s'est beaucoup occupé de la question de savoir si les mineurs, les interdits et les incapables, par suite de condamnation criminelle, pouvaient être institués arbitres, et l'affirmative ne manque pas de partisans. Sans entrer dans de longs développements, nous distinguerons. Nous comprenons, en effet, qu'on s'en rapporte au jugement d'un mineur. Son intelligence, sa capacité, son aptitude, relativement à l'objet du litige, peuvent lui mériter cette distinction.

Mais nous ne saurions admettre que le soin de rendre la justice fût confié à un interdit. Serait-il possible de contraindre une partie à accepter un pareil juge? Quelle garantie présente-t-il? A notre avis, poser une pareille question, c'est la résoudre. La dignité de la justice elle-même ne permet pas l'hésitation.

Ce qui serait bien plus révoltant encore, ce serait de prendre pour arbitre un mort civilement ou un libéré d'une condamnation afflictive et infamante. Qu'on invoque tant qu'on voudra la liberté de choix que la loi assure aux parties : il est des bornes que cette liberté ne saurait franchir, et il n'est pas possible d'admettre que celle qui serait assez oublieuse du respect que la justice réclame, de sa propre dignité, pour descendre à un pareil choix, pût l'imposer à l'autre.

Nous pensons donc, cédant en cela aux inspirations de la morale, de l'honnêteté publique, de la loi elle-

même, que la récusation fondée sur l'interdiction, ou sur une condamnation afflictive et infamante, devrait être accueillie. Vainement exciperait-on du silence gardé par l'article 378. Aucune de ces incapacités ne se glissera jamais dans les rangs de nos magistrats; la loi n'avait donc pas à s'en préoccuper. Son silence ainsi expliqué ne saurait autoriser ces incapacités chez les arbitres. L'exception résultant de notre doctrine, à la règle qui fait de l'article 378 une disposition limitative, était naturellement et forcément indiquée par la nature des choses.

564. Les arbitres n'ayant qu'une compétence déterminée ne peuvent connaître que des difficultés indiquées dans le compromis, en arbitrage volontaire; et en arbitrage forcé, que de celles que la dissolution de la société fait naître. La récusation dont un ou plusieurs d'entre eux sont l'objet ne se plaçant dans aucune de ces catégories, son appréciation leur est absolument interdite [1].

De là cette conséquence, que la récusation se trouvant formulée, les arbitres devraient nécessairement surseoir à statuer jusqu'à décision sur cette récusation. Mais il ne faudrait pas que l'exercice d'une faculté donnée par la loi devînt pour les parties un moyen de rendre la mission des arbitres impuissante et nulle. Or, c'est ce qui arriverait facilement s'il était défendu aux arbitres de passer outre, à quelque époque que la récusation fût proposée.

[1] Cass., 1er février 1837; J. D. P., 2, 1837, p. 279.

La Cour de cassation, dans l'arrêt que nous annotons, décide justement le contraire. Elle autorise donc les arbitres à passer outre au jugement du fond, lorsque l'instruction est complète, lorsque les délais du compromis sont près d'expirer, ou lorsqu'il y a urgente nécessité de terminer; à plus forte raison si la récusation proposée n'est pas fondée sur des faits survenus postérieurement au compromis ou à l'acceptation.

Sans doute les arbitres n'ont pas à apprécier ces faits; ce serait juger du mérite de la récusation, ce qu'ils ne peuvent faire. Mais passer outre et refuser de surseoir jusqu'au jugement de la récusation, ce n'est pas prononcer sur elle. Ce passé outre, dit la Cour suprême, ne fait nul obstacle à ce que le jugement de la récusation ne soit déféré aux juges qui doivent en connaître, et, en cas d'admission, à ce que la sentence arbitrale soit considérée comme non avenue [1].

Ainsi, la sentence rendue par des arbitres récusés n'est pas nécessairement nulle. Tout dépendra de la décision à intervenir sur la récusation; infirmée, si la récusation est accueillie, la sentence produira tous ses effets si elle est repoussée.

L'incompétence des arbitres à l'endroit de leur récusation n'est pas générale et absolue. Ce qui la détermine, c'est, nous venons de le voir, qu'en l'absence de toute stipulation à cet égard, la décision serait réellement rendue sans compromis ou en dehors des termes du compromis.

[1] Voir Montpellier, 26 juin 1834.

Il est donc facultatif aux parties de prévenir cette incompétence en donnant aux arbitres, soit dans le compromis, soit dans l'acte de nomination, le pouvoir d'apprécier et de juger la récusation dont ils pourraient être l'objet. L'incontestable légalité de cette stipulation en assurerait l'effet.

A défaut de toute stipulation de ce genre, la connaissance de la récusation appartient au juge ordinaire. Ce juge est, en arbitrage volontaire, le tribunal civil, alors même que les deux parties exerceraient le commerce; en arbitrage forcé, le tribunal de commerce. En d'autres termes, le tribunal compétent est celui au greffe duquel la sentence doit être déposée.

565. Le silence gardé par la loi sur la récusation des arbitres a laissé planer quelques doutes sur la forme à suivre. Faut-il que l'acte de récusation, signé par la partie, soit signifié aux arbitres sans dépôt préalable? Faut-il, au contraire, que cet acte soit d'abord déposé au greffe du tribunal qui est appelé à connaître de l'exécution de la sentence, et que le tribunal en donne ensuite connaissance à l'arbitre? M. Pardessus enseigne la première opinion [1]; M. de Vatisménil tient pour la seconde [2].

Ce qui sert de fondement à cette dernière, c'est que, les arbitres étant des juges, il faut leur appliquer la forme tracée pour la récusation de ceux-ci. Telle est la

[1] N. 1390.
[2] N. 183.

doctrine que la Cour de cassation consacrait formellement dans son arrêt du 28 février 1838 [1].

Le principe est vrai; mais l'importante différence, existant dans l'institution des magistrats et celle des arbitres, commandait un tempérament lorsqu'il s'agit de l'appliquer à ces derniers.

Les arbitres sont nommés par les parties, ou d'office par le juge. Dans le premier cas, on doit distinguer si l'arbitre a été accepté ou s'il est seulement proposé.

L'arbitre est accepté lorsque, quelle que soit la forme employée, chaque partie a nommé le sien. Cette nomination réciproquement dénoncée ne suscitant aucune réclamation, le tribunal arbitral est définitivement constitué, et la qualité d'arbitre désormais acquise à chacun de ses membres. Dès lors, cette qualité ne peut leur être enlevée que par une récusation dans la forme édictée par l'art. 378 C. procéd. civ.

Il ne saurait en être de même lorsque les arbitres ne sont encore que proposés. Une des parties a fait connaître son choix. Celui qui en a été l'objet n'a pas encore acquis la qualité d'arbitre, ne pouvant résulter que de l'acceptation de sa nomination, soit expressément, soit tacitement; il serait donc illusoire de suivre contre lui une procédure quelconque. Ce qu'il y a à faire dans cette hypothèse, c'est de notifier à la partie qu'on récuse l'arbitre qu'elle propose, et qu'à défaut par elle de procéder spontanément à son remplacement, on l'ajourne par-devant le tribunal pour voir

[1] J. D. P., 2, 1838, p. 355.

consacrer la récusation et ordonner qu'il sera procédé à ce remplacement [1].

Lorsque les arbitres ont été désignés d'office par le juge, ils ne sont définitivement institués que par l'acceptation expresse ou tacite que les parties font de leur nomination. Jusque-là, celle qui a de justes motifs d'éloigner un ou plusieurs des arbitres n'a pas besoin de les récuser; elle n'a qu'à former opposition au jugement ou à le frapper d'appel, et obtenir une autre nomination si les griefs sont fondés.

566. Les arbitres acceptés, même tacitement, sont désormais acquis à toutes les parties. Dès lors, ils ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel et réciproque de chacune d'elles.

Le Code de procédure a créé sur ce point un droit nouveau. En effet, l'article 3, titre Ier de la loi du 24 août 1790, permettait à chaque partie de faire cesser l'arbitrage par sa seule volonté, quoique l'instruction fût déjà commencée; il n'en est plus de même aujourd'hui. La révocation de l'arbitre par la partie qui l'a institué n'est recevable que si l'autre partie n'a pas encore accepté. Les nominations régulièrement échangées, le tribunal arbitral se trouve définitivement constitué. La révocation des arbitres ne peut avoir aucun effet, à moins qu'elle ne résulte du consentement unanime des parties. C'est ce qui est textuellement écrit dans l'art. 1008 C. procéd. civ. Cette disposition régit incontestablement les arbitres forcés.

[1] Bruxelles, 5 mars 1833.

Le législateur a dû restreindre l'application de sa disposition à la révocation se réalisant dans les délais de l'arbitrage. Évidemment, l'expiration de ces délais enlevant tout caractère aux arbitres, il ne pouvait plus être question d'une révocation par les parties. Cette révocation résulte de plein droit de la loi elle-même, sauf la faculté que les parties ont d'en récuser le bénéfice par une prorogation de pouvoirs.

En arbitrage volontaire, la révocation d'un arbitre annule le compromis et met fin à l'arbitrage. Tout ce qu'elle produit dans l'arbitrage forcé, c'est la nécessité de pourvoir au remplacement des arbitres révoqués.

La révocation par la volonté unanime des parties est facultative à toutes les époques. Elle ne saurait être repoussée sous aucun prétexte. Cette révocation est expresse ou tacite.

La première n'est assujettie à aucune forme. Elle peut en conséquence se réaliser de la même manière que la nomination elle-même, c'est-à-dire par acte authentique ou sous seing privé, par acte extrajudiciaire, par un consentement donné en justice, par une déclaration au procès-verbal d'arbitrage signée par toutes les parties. On a de plus admis qu'elle peut résulter de simples lettres missives [1]

La révocation tacite serait la conséquence de tous faits incompatibles avec le maintien des arbitres : comme si, par exemple, les parties ont transigé sur ce qui faisait l'objet de l'arbitrage, si elles ont nommé d'autres

[1] Cass., 23 pluviôse an XII.

arbitres à la place des premiers; enfin, si, en arbitrage volontaire, les parties ont comparu devant le bureau de paix, pour se concilier sur les difficultés qu'elles avaient déférées d'abord aux arbitres [1].

Par rapport aux arbitres, la révocation régulière et légale a pour effet de leur enlever le caractère de juge et le pouvoir de décider le litige. A dater du moment où ils en ont connaissance, ils doivent se désinvestir. Toute décision ultérieurement prise par eux serait irrévocablement nulle et sans valeur.

567. On s'est demandé ce qu'il en serait de la révocation que les parties, ignorant que la sentence a été rendue, auraient réalisée après le prononcé de celle-ci. M. Goubeau soutient qu'elle ne peut produire aucun effet. Elle est nulle si elle a eu pour effet d'anéantir le compromis, car il n'y a plus de compromis après la sentence définitive; elle est sans objet si les parties ont voulu maintenir ce compromis, et seulement révoquer les arbitres pour leur en substituer d'autres. Il n'y a plus à substituer lorsque les premiers ont accompli en son entier la mission qui leur avait été donnée. Donc, conclut M. Goubeau, la partie qui a consenti à la révocation, dans l'ignorance de l'existence du jugement, peut se faire relever de son consentement.

Mais cette doctrine n'a pas été admise. La grande majorité des auteurs, sur la matière, ont demandé la solution de la difficulté à la disposition de l'art. 2054

[1] Bruxelles, 4 fructidor an XII.

C. Nap. Ils admettent, en conséquence, que la révocation est nulle si le jugement est en dernier ressort, valable s'il est susceptible d'appel. Il paraît difficile de décider autrement.

568. Il ne suffit pas que les parties se soient entendues sur le choix des arbitres, il faut encore que ceux-ci aient accepté la mission qui leur est proposée. Les fonctions d'arbitres sont essentiellement volontaires et facultatives. C'est ce caractère qui faisait dire à Ulpien : *Hæc res libera et soluta est, et extra necessitatem juridictionis posita.*

Telle n'est pas cependant l'opinion de M. Carré sur la mission des arbitres. Cet estimable jurisconsulte distingue. Il permet aux arbitres volontaires de se refuser à la désignation dont ils sont l'objet, mais il soutient que les arbitres forcés sont obligés de l'accepter. Comment exécuter la loi si le contraire pouvait être admis ? Donc, par cela seul que le législateur rend l'arbitrage forcé, il exclut, de la part des arbitres, la faculté de répudier la mission que les parties prétendent leur confier.

Cette opinion est absolument repoussée par M. de Vatisménil. Un texte de loi formel peut seul, à son avis, imposer aux citoyens l'obligation de remplir certaines fonctions; c'est ce qui a été fait pour celle de juré, et la loi sur le jury est une restriction à la liberté naturelle dans l'intérêt social. Mais cette restriction ne saurait résulter que d'un texte précis. L'expérience n'a pas prouvé d'ailleurs qu'il fût difficile de trouver des arbitres. Ainsi, non-seulement il n'existe pas à leur

égard de loi coercitive, mais on peut même ajouter qu'il n'y aurait pas de motifs suffisants pour en faire une[1].

Cette dernière doctrine est celle que nous admettons sans hésitation. Il répugne à la nature des choses qu'on puisse être contraint à accepter des fonctions qu'on n'aurait ni le temps, ni la volonté de remplir. Chacun est donc libre de suivre à cet égard ses convenances personnelles et de refuser le mandat qu'on lui propose. Ce refus n'a pas même toujours besoin d'être exprès. Il résulterait suffisamment d'une abstention absolue à l'endroit du litige, ou de tous actes inconciliables avec la qualité d'arbitre.

La non-acceptation d'un arbitre ou de plusieurs, en arbitrage volontaire, rompt le compromis, et rend conséquemment à chacune des parties la liberté de s'adresser à la justice ordinaire. Cet effet se produit même à l'insu des intéressés[2].

En arbitrage forcé, le refus des arbitres ne donne jamais lieu qu'à la nécessité de leur remplacement.

569. L'acceptation des arbitres forme entre eux et les parties un contrat obligatoire. Cependant, et tant que les opérations ne sont pas commencées, la loi permet aux premiers de revenir sur leur acceptation et de répudier les fonctions qu'ils avaient d'abord acceptées. C'est ce qui s'induit du texte de l'art. 1014 C. proc. civ.

[1] N. 194, voir *Conf.*; Pardessus, n. 1392.
[2] Cass., 24 décembre 1817.

Résulte-t-il de cette disposition qu'après le commencement des opérations il ne saurait exister de déport de la part des arbitres? Non, évidemment. Il ne peut pas être que celui qui aurait de justes motifs de ne pas rester juge fût obligé de continuer à en remplir les fonctions.

Donc le législateur n'a admis qu'une seule chose, à savoir, que tant que les opérations de l'arbitrage ne sont pas commencées, les arbitres peuvent librement se déporter, sans être obligés de justifier leur résolution. Après le commencement des opérations, il n'y a de déport régulier que celui qui serait fondé sur des causes graves et légitimes. C'est donc à l'arbitre se déportant non-seulement à alléguer, mais encore à justifier de ces causes.

570. La doctrine s'est occupée de déterminer quelles sont les causes qu'on devrait considérer comme graves et légitimes. M. Carré enseigne que ce sont celles qui motiveraient la récusation, auxquelles il ajoute l'empêchement en général.

MM. Berriat Saint-Prix et Pardessus ne reconnaissent la légitimité de l'empêchement qu'à une des conditions suivantes : 1° si le compromis était vicieux et nul, et s'il contenait des clauses contraires à l'ordre public; 2° si l'arbitre a été injurié et diffamé par les parties, ou s'il était survenu entre lui et elles une inimitié capitale; 3° s'il était survenu à l'arbitre une maladie ou une incommodité qui le mît hors d'état de s'occuper de l'arbitrage; 4° si ses propres affaires demandaient impérieusement tous ses soins; 5° enfin,

s'il avait accepté depuis le compromis un emploi public qui réclamât tous ses moments.

Ce sont là, sans doute, tout autant de justes motifs de se démettre des fonctions qu'on avait d'abord acceptées. Nous nous bornerons donc à faire remarquer qu'ils doivent être survenus depuis l'acceptation. Si, antérieurs à celle-ci, ils ne l'avaient pas empêchée, ils ne pourraient être utilement invoqués à l'appui du déport.

571. Il est au reste évident que l'arbitre qui se déporterait sans cause légitime ne pourrait être contraint de conserver sa qualité et de juger le litige. Mais son acceptation ayant créé un lien dont il ne peut se dégager qu'à la condition qu'il en aurait de justes motifs, son refus irrationnel l'obligerait d'indemniser les parties du préjudice qu'elles pourraient en éprouver. Ce préjudice serait plus considérable en arbitrage volontaire qu'en arbitrage forcé. Le déport, mettant fin au compromis dans le premier, pourrait en faire perdre le bénéfice aux parties, tandis que, dans le second, le déport ne peut occasionner qu'un retard plus ou moins long.

Il importe, dans tous les cas, de ne pas confondre le déport d'un arbitre avec le refus qu'un d'eux ferait de coopérer à telle ou telle opération, celui notamment de signer le jugement dont s'occupe l'art. 1016 C. procéd. civ. Ce refus ne peut empêcher les autres arbitres de remplir leur mission. Tout ce que la loi exige d'eux en pareil cas, c'est de le constater. Le déport, au contraire, dissout le tribunal arbitral, lui enlève toute juridiction,

toute compétence. La sentence rendue en cet état par les autres arbitres serait et devrait être déclarée nulle et de nul effet[1].

572. Le remplacement de l'arbitre déporté se fait de la même manière que la nomination. Si l'arbitre avait été du choix d'une des parties, c'est à elle qu'appartiendrait le droit de pourvoir à son remplacement. Si la nomination avait été concertée entre plusieurs, le remplacement devrait réunir le même concours, et serait à défaut réalisé par la justice. Enfin, si la nomination avait été faite d'office, c'est dans la même forme et par la même voie que le remplacement s'opérerait.

573. En l'absence de tout empêchement légal ou volontaire, le tribunal arbitral se trouve régulièrement composé par les arbitres nommés par les parties ou par les juges. Le devoir qui leur est alors imposé par la loi, c'est de prononcer au plus tôt sur le litige qui leur est soumis. On ne pouvait permettre aux arbitres d'éterniser le litige ; ce qu'on recherchait dans leur institution, c'était principalement une économie de temps. Le seul moyen de l'obtenir, c'était de prescrire un délai fatal dans lequel la sentence devrait être rendue.

En arbitrage volontaire, la détermination de ce délai est exclusivement dévolue aux parties. Si le compromis n'en renferme aucune, l'art. 1007 adopte celle de trois mois, du jour du compromis.

En arbitrage forcé, l'art. 54 C. comm. laisse aux parties d'abord le soin d'arrêter le délai dans lequel la sen-

[1] Cass., 2 septembre 1811.

tence devra être rendue. Cette détermination exige l'accord unanime des parties, condition qu'il n'est pas toujours facile de réaliser au moment d'une dissolution de société. Cette difficulté devait préoccuper la loi. C'est ce qui explique pourquoi, en cas de discord, elle appelle le juge à régler lui-même le délai.

574. Il peut se faire cependant que les parties et le juge lui-même aient omis de statuer sur ce point. Faudra-t-il s'en référer à l'art. 1007 C. procéd. civ., et n'admettre que le délai de trois mois?

L'affirmative invoque le silence du Code de commerce, en l'état duquel on ne peut que recourir au droit commun. C'est dans ce sens que, par deux fois, s'est prononcée la Cour de Bourges [1].

Mais cette opinion est combattue par le texte et par l'esprit de la loi.

Par le texte! remarquons, en effet, que l'article 54 confère, comme l'article 1007 lui-même, le droit de fixer le délai aux parties. Cette disposition était inutile, si l'article 1007 devait régir l'arbitrage forcé.

De plus, l'article 54, prévoyant une omission de la part des parties, appelle le juge à déterminer le délai, ce que ne fait pas l'article 1007. A quoi bon, en effet, dans le système de celui-ci, investir le juge? Celui-ci pourrait-il jamais aller contre la loi? Or, c'est celle-ci qui, à défaut de détermination de la part des parties, a réglé elle-même le délai.

Conséquemment, confier ce règlement au tribunal,

[1] 23 janvier 1824 et 19 février 1825.

c'est reconnaître dans l'art. 54 que l'art. 1007 ne saurait régir l'arbitrage forcé; c'est établir pour celui-ci une dérogation expresse à ce que ce dernier article a statué pour l'arbitrage volontaire.

Cette dérogation se comprend. Il n'est pas dans l'arbitrage volontaire de difficulté qui ne puisse être réglée dans l'espace de trois mois. On a donc pu raisonnablement considérer ce délai comme le *maximum* capable de satisfaire à toutes les exigences.

Imposez, au contraire, ce même délai à l'arbitrage forcé, et vous arriverez à ce résultat: c'est que, dans bien des cas, la mission confiée aux arbitres sera irréalisable. Les recherches qu'exige la dissolution d'une société, les documents dans lesquels il faudra chercher le règlement des droits de chaque associé, peuvent être d'une nature telle, et en si grand nombre, qu'avec la meilleure volonté du monde trois mois se seront écoulés sans qu'il ait été possible d'en voir la fin.

Il faudra donc nommer d'autres arbitres. Sans doute, si les mêmes étaient choisis, le travail déjà fait allégerait celui qui reste à faire, et un nouveau délai pourrait être suffisant. Mais une des parties peut être intéressée à traîner l'opération en longueur; et, dans ce but, elle ne manquera pas de changer l'arbitre qu'elle avait d'abord choisi. Le délai de trois mois, insuffisant pour les premiers arbitres, le sera également pour les seconds et pour tous ceux qui se succéderont à l'avenir.

Voilà ce dont le législateur s'est préoccupé; voilà l'énorme, l'immense inconvénient qu'il a voulu préve-

nir, lorsque, rejetant la détermination légale du délai de l'art. 1007 Code procéd. civ., il a, par l'article 54 C. comm., laissé cette détermination à la prudence et à l'arbitrage souverain du juge.

575. L'article 1007 est donc inapplicable en matière d'arbitrage forcé. Il n'y a pour celui-ci d'autre délai obligatoire que celui arrêté par les parties, ou, à leur défaut, par le juge.

De là cette conséquence que l'omission du délai dans l'acte ou dans le jugement de nomination sera toujours réparable. Cette omission ne pourrait avoir pour résultat de laisser le délai indéterminé. Les parties peuvent donc toujours y suppléer. A défaut d'accord, l'une d'elles peut s'adresser à la justice et obtenir contradictoirement la détermination d'un délai, pendant lequel les arbitres seront tenus de prononcer.

576. La fixation du délai par les parties ou par le juge, à quelque époque qu'elle ait été faite, rend ce délai obligatoire et fatal. Les arbitres qui n'auraient pas prononcé avant son échéance seraient dans l'impossibilité de le faire légalement à dater de celle-ci. Sa réalisation leur a de plein droit enlevé tous pouvoirs. La sentence qu'ils auraient rendue postérieurement serait donc essentiellement nulle.

L'article 1007 C. procéd. fait courir le délai de trois mois du jour du compromis lui-même. Ce point de départ est impossible en arbitrage forcé, précisément parce qu'il n'y a pas, le plus ordinairement, de compromis. On a donc dû rechercher quel était celui qu'il convenait d'adopter.

En principe, celui qui détermine le délai est libre d'indiquer le moment à partir duquel il commence de courir. Conséquemment, aucune difficulté ne saurait naître, si ce moment a été réellement indiqué par les parties ou par le juge.

Si aucune décision n'a été prise sur le point de départ du délai, il ne court que du moment où le tribunal arbitral se trouve définitivement constitué. Jusque-là, en effet, l'institution n'est pas complète. Les parties peuvent récuser ou révoquer les arbitres; ceux-ci peuvent se déporter ou ne pas accepter leur nomination. Il ne serait donc pas rationnel de faire courir le délai en cet état.

M. Carré veut que le délai ne coure que du jour de la remise des pièces. Nous serions de cet avis, si cette remise pouvait être discrétionnairement retardée. Il ne faudrait pas, en effet, qu'à l'aide d'un calcul frauduleux la partie pût attendre l'expiration du délai pour mettre les arbitres à même de prononcer.

Mais l'article 57 C. comm. a prévu cet inconvénient. La remise des pièces doit avoir lieu dans les conditions y exprimées, et, à défaut, les arbitres doivent juger sur les pièces en leur possession. Il est donc inutile d'attendre cette remise, et plus naturel de faire courir le délai du moment où les arbitres sont définitivement constitués.

577. Le délai primitivement fixé peut être prorogé, et cela tant en arbitrage volontaire qu'en arbitrage forcé. Mais il y a entre l'un et l'autre cette différence essentielle, à savoir : dans le premier, la prorogation

est purement volontaire, elle ne se réalise que si elle est consentie par toutes les parties; dans le second, le juge est appelé à l'accorder à défaut de ce consentement.

Cette différence est fondée sur la nature des choses. La soumission à l'arbitrage volontaire doit être rigoureusement restreinte dans les limites du droit commun. Etre jugé dans les trois mois est considéré comme une condition essentielle sans laquelle elle n'eût pas eu lieu; du moins on ne saurait rien objecter à la partie qui le prétend ainsi.

En matière sociale, au contraire, l'arbitrage étant forcé doit nécessairement se réaliser. Il est donc juste, lorsque le délai d'abord imparti n'a pas été suffisant, d'en prolonger la durée. La résolution contraire amènerait à la nécessité de tout recommencer, et occasionnerait inutilement une perte de temps plus ou moins considérable. Economiser cette perte rentrait donc dans la pensée ayant fait admettre l'arbitrage forcé; et comment y parvenir, si le juge n'avait pas le pouvoir de vaincre le mauvais vouloir intéressé d'une partie?

D'ailleurs, en arbitrage forcé, chaque partie est présumée avoir voulu arriver à une décision définitive. En conséquence, celle qui, pour atteindre à ce but, demande une prorogation de délai indispensable donne au contrat sa véritable signification, sa portée réelle. Sa demande doit donc être accueillie. Pour le tribunal, la faculté de régler le délai que lui confère l'article 54 C. comm. comprend virtuellement celle de le proro-

ger. Cette prorogation n'est pas autre chose qu'une détermination nouvelle que le désaccord des parties lui fait déférer.

Un arrêt de la Cour de Toulouse, du 12 avril 1823, décide que le tribunal ne peut proroger le délai que lorsqu'il l'a lui-même déterminé primitivement. Il refuse ce droit dans le cas où cette détermination aurait été le fait des parties. Mais c'est là une distinction purement arbitraire, que rien n'autorise, qui est même repoussée par l'esprit de la loi. La prorogation en arbitrage forcé est dans l'intention du législateur. C'est dans cette pensée qu'il a appelé le tribunal à fixer le délai. L'intervention du juge n'a jamais d'autre cause que le discord des parties. Celui-ci se réalisant, fût-ce sur la question de prorogation, le tribunal doit prononcer.

578. Au reste, l'arrêt de la Cour de Toulouse se justifie dans ses résultats par cette circonstance que la prorogation était demandée après l'expiration du premier délai. Or, dans cette hypothèse, il n'appartient plus au juge de proroger, alors même qu'il aurait déterminé le délai primitif. En effet, on ne peut proroger ce qui n'existe plus. Or, l'échéance du délai, sans que la sentence ait été rendue, enlève aux arbitres leur qualité, dissout le tribunal arbitral, que chaque partie a le droit de reconstituer comme elle l'entend.

Ce droit ne pourrait être exercé, si le tribunal avait la faculté de continuer les arbitres, dont les pouvoirs sont expirés. Or, les tribunaux sont tenus de consacrer les droits acquis. Ils ne peuvent leur porter aucune atteinte.

Donc, après l'expiration du délai, le maintien des arbitres éant purement discrétionnaire ne peut être obtenu que de la volonté libre des intéressés. Le refus d'y consentir que ferait un seul d'entre eux rendrait ce maintien impossible.

De là il résulte que, pour que le tribunal puisse accorder la prorogation, il faut que la demande en soit faite avant l'expiration du délai originairement accordé. Consentie en cet état, la prorogation a pour effet de prévenir toute déchéance jusqu'à l'expiration du nouveau délai. Mais cette condition est de rigueur. Elle est indispensable pour que le tribunal puisse être légalement investi du pouvoir de proroger. Bien entendu que cette condition ne concerne que les juges. Les parties pouvant mutuellement renoncer au bénéfice acquis à chacune d'elles sont évidemment libres de proroger les arbitres, même après que leur pouvoir est expiré par l'échéance du délai qui leur avait été imparti.

L'impossibilité dans laquelle se trouve le tribunal de proroger après l'expiration du délai est tellement absolue, qu'on a été jusqu'à soutenir qu'il ne pouvait nommer les arbitres anciens lorsqu'il est appelé à choisir les nouveaux, faute par les parties de s'entendre. Une pareille nomination, a-t-on dit, n'est qu'une prorogation déguisée. Elle est donc illégale, comme le serait la prorogation directe.

Mais la Cour de Bordeaux a répondu que la loi n'a nulle part interdit de nommer pour arbitres ceux dont les fonctions viennent d'expirer; que, dès lors, les juges,

chargés de choisir les nouveaux sont libres d'en agir comme ils le trouvent bon ; que cette nomination, fort utile dans beaucoup de cas, ne peut jamais dégénérer en abus, ni être assimilée à une prorogation de délai, puisque les parties ont le moyen de l'empêcher, en usant de la faculté de nommer elles-mêmes les nouveaux arbitres. Cette doctrine a reçu la sanction de la Cour suprême [1].

579. La certitude de la prorogation judiciairement ordonnée ne saurait devenir la matière d'un doute. Elle résultera du jugement qui la prononce. Comment doit être prouvée celle qui a été convenue entre les parties ?

La prorogation est en quelque sorte un véritable compromis. Elle doit, dès lors, en la forme, être établie comme le serait le compromis lui-même. Elle pourrait donc résulter d'un acte authentique ou sous seing privé, d'un acte extrajudiciaire, d'un consentement donné en justice, du procès-verbal rédigé par les arbitres, à la condition qu'il serait signé par toutes les parties.

La Cour de cassation, par un premier arrêt, du 2 mai 1827, avait en quelque sorte exclu le consentement tacite, en exigeant que les faits tendant à établir la prorogation fussent constatés par écrit, et de nature à opérer un lien de droit réciproque entre les parties. Elle refusait, en conséquence, de voir une prorogation dans le fait d'avoir laissé les pièces entre les mains des arbitres après l'expiration des délais.

[1] Cass., 14 juin 1831.

Le développement de ce principe avait, avant même qu'il fût consacré par la Cour de cassation, déterminé la Cour de Bordeaux à juger, le 19 février 1825, qu'il n'y avait pas prorogation dans le fait de la comparution des parties devant les arbitres après l'expiration du délai; qu'il fallait, en outre, une déclaration expresse et formelle.

Enfin, la même Cour décidait, le 9 février 1827, comme la Cour d'Aix l'avait fait le 28 mai 1823, que la prorogation après l'expiration des délais ne pouvait résulter ni de la comparution des parties, ni des conclusions prises, ou des défenses produites; qu'elle ne pouvait être admise que si elle était constatée par procès-verbal devant les arbitres ou par un acte dans la forme ordinaire.

Une pareille jurisprudence n'était qu'une exagération, contre laquelle protestaient les règles du droit commun. La prorogation est un contrat essentiellement consensuel. Le lien de droit existe dès que le consentement est régulièrement intervenu. Or, dans toutes les circonstances, le consentement résulte tacitement des faits ne permettant pas le doute sur son existence. Pourquoi en serait-il autrement en matière de prorogation ? Pourquoi vouloir une preuve qu'on n'exige pas dans les autres contrats consensuels ?

Nous croyons donc que l'écrit n'est pas indispensable à la constatation de la prorogation. On doit l'admettre toutes les fois qu'on la fera résulter de faits qui la constituent forcément et nécessairement. Or, si la simple comparution devant les arbitres peut laisser

quelques doutes, comment en concevoir aucun, lorsque cette comparution n'a eu pour objet que de se défendre, que de poser des conclusions? On ne fait l'une et l'autre que devant un juge, et les arbitres dont le pouvoir est expiré n'ont plus cette qualité. Seule la prorogation peut la leur rendre, et cette prorogation s'induit nécessairement de la conduite des parties. C'est d'ailleurs ce que la jurisprudence paraît devoir définitivement admettre [1].

580. Rappelons en terminant que, toutes les fois qu'il s'agit de la constitution du tribunal arbitral, tous les associés doivent être appelés à y concourir. La prorogation, ayant essentiellement ce caractère, ne saurait être judiciairement poursuivie qu'après la mise en cause préalable de tous les associés.

Celui qui n'aurait pas été appelé ne serait pas lié par le jugement. Il pourrait même, s'il le croyait préjudiciable à ses intérêts, le faire annuler par la voie de la tierce opposition [2].

ARTICLE 56.

Les parties remettent leurs pièces et mémoires aux arbitres, sans aucune formalité de justice.

ARTICLE 57.

L'associé en retard de remettre les pièces et mémoires est sommé de le faire dans les dix jours.

[1] Cass., 12 mars 1828 et 8 mai 1837. Paris, 29 avril 1840. J. D. P., 1, 1837, p. 419; 1, 1840, p. 686.

[2] Cass., 28 mars 1827.

ARTICLE 58.

Les arbitres peuvent, suivant l'exigence des cas, proroger le délai pour la production des pièces.

ARTICLE 59.

S'il n'y a renouvellement de délai, ou si le nouveau délai est expiré, les arbitres jugent sur les seules pièces et mémoires remis.

SOMMAIRE.

581. Caractère de l'art. 1009 C. de procéd. civ.; conséquences.
582. A défaut de clauses dispensant des formalités de justice, quelle est la procédure qu'il faut suivre?
583. Modifications que la nature de l'arbitrage introduit forcément à la procédure ordinaire. Conséquences.
584. Résumé. Application que doit recevoir l'art. 1009.
585. Conclusion qu'en déduit M. Chauveau.
586. Incontestable pour l'arbitrage forcé, pour lequel l'art. 56 prescrit la remise des pièces sans formalités de justice.
587. Motifs du silence gardé sur l'époque de la remise des pièces. Inapplicabilité de l'art. 1016 C. proc. civ. à l'arbitrage forcé.
588. De qui doit émaner la sommation exigée par l'art. 57 C. comm.?
589. Conséquences de l'expiration du délai de dix jours de la sommation.
590. Injustice du reproche adressé à la loi à l'occasion de la faculté pour les arbitres de juger sur pièces et mémoires remis.
591. La loi s'en remet aux arbitres pour la durée du délai nouveau qu'elle permet d'accorder. Conséquences.
592. Les arbitres peuvent-ils accorder plusieurs prorogations? Affirmative enseignée par MM. Malepeyre et Jourdain.
593. Réfutation.
593 (*bis*). Caractère de la sommation. Peut-elle être suppléée par des équipollents.
593 (*ter*). Effet de l'inobservation de l'art. 57. Nullité de la sentence.
594. La faculté de proroger le délai de production ne confère pas celle de proroger le délai de l'arbitrage. Forme de cette prorogation.

595. La communication des pièces et mémoires est-elle obligatoire dans l'arbitrage?
596. Forme de la communication des pièces. Motifs.
597. Conséquences du dépôt des pièces.
598. Faculté que les arbitres ont de rendre des jugements préparatoires ou interlocutoires. Quelle sera la forme de ces jugements? Comment seront-ils exécutés?
599. Obligation imposée par l'art. 1011 C. proc. civ. Conséquences.
600. Les arbitres peuvent, après avoir prononcé leur décision, délaisser à un tiers le soin d'en tirer les conséquences définitives.
601. Peuvent-ils décerner une commission rogatoire?
602. Comment il doit être procédé à l'égard des experts. Où et comment doit être déposé le rapport.
603. Formalité à suivre à l'égard des témoins appelés devant les arbitres.
604. Doit-il être tenu note par écrit de leurs dépositions?
605. Application à l'arbitrage forcé de l'art. 1015 C. proc. civ., relatif à l'incompétence des arbitres à l'endroit de l'inscription de faux. Sa véritable signification.
606. Suspension du délai de l'arbitrage. Doit-on l'admettre pour les incidents civils, ou en cas d'un jugement préparatoire ou interlocutoire?
607. Distinction entre les incidents de la compétence des arbitres et ceux qui doivent être déférés aux tribunaux ordinaires.
608. Incidents de la compétence des arbitres. Difficultés que soulève la vérification d'écriture.
609. Solution.
610. Les arbitres ont-ils qualité pour connaître des demandes reconventionnelles ou en garantie?
611. Les sentences rendues sur les pièces et mémoires d'une des parties sont-elles susceptibles d'opposition?

581. L'art. 1009 C. procéd. civ., réglant l'instruction à suivre devant les arbitres, dispose que les parties et les arbitres suivront dans la procédure les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues.

Les délais et les formes de la procédure ordinaire ne sont donc que facultatifs pour les parties recourant à

l'arbitrage. Cette disposition n'était qu'une conséquence logique du caractère de l'institution elle-même. L'arbitrage n'a pas eu d'autre objet que d'économiser le temps et les frais; il comporte dès lors essentiellement tout ce qui tend à procurer ce double résultat. A ce titre, la dispense de se conformer à ce qui se pratique devant les tribunaux ne pouvait manquer d'être autorisée.

Cependant, suivant l'expression de Montesquieu, les lois réglant les délais et les formes sont dans l'intérêt des parties, qu'elles protégent et défendent. Mais tout ce qui doit s'induire de cette considération, c'est qu'on ne doit les négliger que lorsque les parties s'en seront formellement expliquées. Or, cette intention, pour être formelle, n'a pas besoin d'être explicite. Elle résultera nécessairement de faits incompatibles avec la volonté contraire, notamment du caractère d'amiables compositeurs donné aux arbitres. Il serait, en effet, peu naturel d'admettre que les arbitres, dispensés d'appliquer les règles du droit au fond du litige, restassent soumis à celles de la procédure. La jurisprudence n'a pas cru devoir consacrer une pareille anomalie [1].

La question de savoir si les arbitres sont ou non amiables compositeurs offrira donc, à l'endroit de la disposition de l'art. 1009, un intérêt réel, et cela même en arbitrage forcé. Sans doute, pour celui-ci l'admission de ce caractère ne pourra dénaturer l'arbitrage; mais elle aurait pour résultat inévitable de n'imposer

[1] Voir *Rép.* du J. D. P., v° ARBIT., n°s 728, 729 et suiv.

aux arbitres que les obligations dont seraient tenus les amiables compositeurs.

Rien n'empêche donc les associés de conférer aux arbitres la qualité et les pouvoirs d'amiables compositeurs, soit dans l'acte de société renfermant la clause compromissoire, soit dans l'acte ultérieur de nomination. Il importerait même peu que ce dernier acte fût muet sur ce point, si l'acte de société l'avait expressément stipulé. La nomination des arbitres n'étant que l'exécution de l'acte social, c'est par les énonciations de celui-ci que s'établiraient le caractère et la nature de leurs pouvoirs, à moins que, d'accord unanime, les parties les eussent expressément modifiées ou rétractées.

La Cour de cassation a même jugé que la clause de l'acte social donnant aux arbitres qui seront choisis par les parties la qualité d'amiables compositeurs devrait sortir à effet, alors même que les parties ne pouvant s'entendre, le choix des arbitres eût été fait d'office par le tribunal. Cette circonstance, dit l'arrêt, n'étant pas de nature à modifier le caractère d'amiables compositeurs qui était attribué aux arbitres par le pacte social [1].

582. A défaut de conventions contraires, la règle tracée par l'art. 1009 C. procéd. civ. doit être exécutée. La procédure à suivre par les arbitres et les parties sera celle prescrite pour les tribunaux. La seule différence entre les arbitres amiables et forcés, c'est que les premiers procéderont comme les tribunaux civils,

[1] Cass., 15 juillet 1818.

et les seconds comme les tribunaux de commerce.

On a voulu subordonner la procédure à suivre à la nature du litige, imposer la forme commerciale à l'arbitrage consenti par deux commerçants ou sur des actes de commerce. Cette doctrine est, avec juste raison, repoussée par MM. de Vatisménil et Chauveau.

Le premier fait remarquer qu'en matière commerciale les arbitres volontaires ne constituent pas, à proprement parler, un tribunal de commerce; qu'ils font partie de la juridiction civile à laquelle appartiennent le dépôt et l'exécution de la sentence; qu'ils ne sauraient donc, à moins d'une convention expresse, être soumis aux règles d'une juridiction exceptionnelle[1].

Les arbitres, dit le dernier, ne sont ni tribunal civil, ni tribunal de commerce, ni juges de paix; ils sont arbitres. Veut-on qu'avant d'instruire une affaire ils s'enquièrent du tribunal qui en aurait connu, s'ils n'avaient pas été institués? de règles de compétence souvent fort délicates? Cela nous paraît inadmissible[2].

583. Au reste, cette question n'a, en réalité, qu'un intérêt fort secondaire. La disposition de l'article 1009 ne peut s'entendre que de la procédure ordinaire, modifiée par les exigences et la nature de l'arbitrage. Les dérogations naissant de ces circonstances sont nombreuses; elles comprennent d'abord toute la procédure de l'instance proprement dite.

Ainsi, personne ne s'avisera de soutenir que l'arbitrage devra être précédé du préliminaire de la conci-

[1] N. 221.
[2] Sur Carré, art. 1009, quest. 3288.

liation; que les parties doivent recourir à un ajournement dans les formes et aux délais prescrits par les articles 61 et 62 C. procéd. civ.; qu'il est nécessaire de constituer avoué; enfin que l'article 1016 n'est pas l'abrogation explicite de l'article 77, relativement au délai dans lequel les défenses doivent être produites.

Etranger à toutes ces formalités, l'article 1009 ne peut donc concerner que les actes d'instruction, les moyens de preuves que les arbitres croiront devoir ordonner, tels qu'une enquête, une instruction par écrit, une descente, un interrogatoire sur faits et articles, un rapport d'experts, etc. La forme à suivre pour chacun d'eux sera en principe celle qui est prescrite pour les tribunaux.

Cependant, même en ce qui les concerne, la nature de l'arbitrage amène à une importante dérogation au droit commun. Ainsi, chaque arbitre, quoique nommé par une des parties seulement, est néanmoins convenu et institué par les deux. Il est appelé à juger leurs prétentions mutuelles; et comment remplira-t-il ce devoir, s'il s'abstient d'une participation réelle aux actes ayant pour objet de préparer la solution? La raison indiquait qu'un concours personnel à chacun de ces actes était un devoir auquel les arbitres devaient être obligés, et cette prescription a été consacrée par le législateur, qui exige, dans l'article 1011 du Code de procédure civile, que les actes de l'instruction et les procès-verbaux du ministère des arbitres soient faits par tous les arbitres, si le compromis ne les autorise à commettre l'un d'eux.

584. Ainsi, d'une part, l'article 1009 ne doit régir que les actes d'instruction, que les moyens de preuve; il est absolument étranger aux procédures que nécessite le commencement de l'instance. En conséquence, lorsque, dans le compromis, les parties sont convenues de ne s'écarter d'aucune des obligations auxquelles les assujettit le Code de commerce, et, en cas de contestations, de nommer des arbitres, cette réserve ne peut s'entendre que des formes de l'instruction par écrit, de l'enquête, et autres procédures semblables; dès lors, les arbitres, n'ayant pas à recourir à ces moyens, peuvent légalement juger sur la simple remise des pièces, sans aucune formalité de justice, conformément à l'article 57 C. comm. [1].

D'autre part, en ce qui concerne les instructions par écrit, les interrogatoires, les descentes, les enquêtes, l'arbitrage exclut forcément certaines prescriptions du droit commun. Serait-il possible, en effet, de faire application de la règle faisant courir les délais de l'enquête du jour de la signification à avoué? L'art. 1009 ne peut donc prescrire de suivre en arbitrage ces dispositions, pas plus que celles concernant le juge commis pour l'enquête, pour l'interrogatoire, pour la descente, que l'article 1011 défend de désigner.

En réalité donc, l'article 1009 n'a en vue que les formalités s'adaptant à toutes les juridictions, celles, par exemple, qui, dans l'enquête, se rapportent à l'assignation des témoins, à la prohibition d'entendre tels

[1] Gênes, 15 février 1810. Sirey, 11, 2, 139. Rennes, 12 juin 1817.

ou tels individus, à la proposition des reproches, etc.

585. La conclusion que M. Chauveau déduit de cette doctrine, c'est que, sauf les modifications que leur imposent les tribunaux d'exception, à raison de faits souvent étrangers à la position des arbitres, les dispositions du Code relatives aux tribunaux civils servent de règles et de modèles; que ces dispositions doivent être suivies par les arbitres, sans qu'ils aient à se préoccuper de la juridiction qui aurait eu à connaître du débat qu'ils sont appelés à juger; que l'article 1009 ne dispose que pour les actes d'instruction et les moyens de preuve; qu'en conséquence, s'il n'y a aucune nécessité de recourir aux uns ou aux autres, les arbitres sont dispensés de toutes formes, et prononcent valablement sur la simple remise des pièces, quand même les parties se seraient formellement restreintes à suivre les délais et les formes ordinaires. En d'autres termes, M. Chauveau, et avec lui M. Goubeau de la Bilennerie, se rangent entièrement à la doctrine des arrêts des Cours de Gênes et de Rennes, que nous citions tout à l'heure.

586. Au reste, si cette dernière conclusion pouvait encore faire difficulté en arbitrage volontaire, on ne saurait concevoir aucun doute en matière d'arbitrage forcé. Pour celui-ci, en effet, la loi a formellement affranchi les parties de toutes les formalités, en imposant aux arbitres, par les articles 56 et suivants, le devoir de juger sur la remise des pièces que les parties doivent réaliser purement et simplement.

587. Le législateur ne s'est même pas expliqué sur

le point de départ de l'obligation de remettre les pièces. Mais ce silence ne peut être interprété que dans un sens, à savoir, que ce point de départ est la constitution définitive du tribunal arbitral.

Vainement exciperait-on de la disposition de l'article 1016 C. procéd. civ., prolongeant le délai de la remise des pièces jusqu'à la dernière quinzaine du délai du compromis. Cet article, spécial à l'arbitrage volontaire, ne saurait régir l'arbitrage forcé, par l'excellente raison que la doctrine contraire serait bien souvent un obstacle à ce que les arbitres remplissent leur mission, ou deviendrait une cause d'interminables longueurs.

Remarquons, en effet, que dans l'arbitrage volontaire il y a toujours un délai déterminé. L'article 1007 est là pour suppléer à l'omission des parties. Mais il n'en est pas ainsi de l'arbitrage forcé; il n'y a de délai fatal que lorsque les parties ou les juges s'en sont expliqué. Or, admettre pour la remise des pièces le délai de l'article 1016, lorsque les parties ou les juges ont gardé le silence, ce serait en accorder un indéfini, tant que l'omission n'aurait pas été judiciairement réparée.

De plus, la remise des pièces quinzaine au moins avant l'expiration du délai du compromis était, dans l'arbitrage volontaire, suffisante pour que la sentence pût être prononcée dans le délai. Il n'est pas de contestation donnant lieu à un compromis amiable qui ne puisse être appréciée et jugée dans quinze jours. Le contraire se réalisera le plus souvent dans l'arbitrage forcé. Le dépouillement des livres et écritures de la

société est dans le cas d'exiger à lui seul un temps beaucoup plus considérable. Il était donc impossible d'appliquer à cet arbitrage la disposition de l'art. 1016 C. procéd. civ.

588. Nous le répétons donc, l'obligation pour les parties de remettre leurs pièces existe dès la constitution du tribunal arbitral. La seule connaissance de cette constitution les met donc en demeure de la remplir. L'article 57 tire les conséquences de cette mise en demeure. Un avertissement suprême est donné à l'associé en retard. Un nouveau délai de dix jours lui est accordé, passé lequel les arbitres jugeront sur les pièces et mémoires remis.

Évidemment, la sommation dont parle cet article ne saurait émaner des arbitres eux-mêmes. Leur dignité de juges est inconciliable avec une pareille démarche. C'est donc la partie que la loi appelle exclusivement à veiller ainsi à ses intérêts, et à mettre les arbitres en mesure de prononcer, malgré la mauvaise volonté ou la négligence de son adversaire. La preuve que la loi suppose qu'une des parties a remis ses pièces et mémoires, c'est qu'elle autorise les arbitres à juger sur cette production en cas que, dans le délai de la sommation, l'autre partie n'ait pas rempli ce devoir.

589. L'expiration de ce délai n'entraîne pas pour l'associé en retard déchéance absolue. Il peut encore déposer ses pièces et mémoires. Mais il ne pourrait se plaindre si, dans l'intervalle, les arbitres avaient prononcé. Remarquons, en effet, que l'inapplicabilité de l'article 1116 à l'arbitrage forcé dispense les arbitres

de l'obligation imposée aux arbitres amiables. Ceux-ci ne peuvent légalement juger que dans la dernière quinzaine du délai du compromis. Les arbitres forcés le peuvent à toute époque, pourvu que la formalité exigée par l'article 57 ait été exécutée. La remise postérieure des pièces et mémoires n'enlèverait donc rien du caractère légal et régulier de la sentence prononcée depuis l'expiration des dix jours de la sommation.

Il est même une hypothèse dans laquelle l'obligation de juger sur les pièces et mémoires de l'une des parties serait en quelque sorte un devoir pour les arbitres, à savoir, si l'associé en retard, malgré la sommation, remettait ses pièces et mémoires à une époque tellement voisine de l'échéance du délai convenu ou accordé, qu'il serait impossible aux arbitres de les consulter sans s'exposer à ne juger qu'en dehors du délai. Une production faite dans ces circonstances équivaudrait à l'absence de toute production, et les arbitres devraient sans hésiter passer outre. Leur refuser ce pouvoir, ce serait livrer le sort de l'arbitrage au caprice intéressé d'une partie.

590. Cependant, à l'occasion de cette disposition, on a adressé à la loi le reproche d'être injuste et trop sévère. Mais ces reproches sont sans aucun fondement réel. Le législateur n'a pas confondu l'impuissance légitime avec la mauvaise volonté. C'est cette dernière qu'il entend exclusivement réprimer et punir. Qui oserait l'en blâmer ? Fallait-il donc laisser à la mauvaise foi le pouvoir de condamner la loi à ne recevoir aucune exécution ?

Ce qui prouve l'intention du législateur, c'est qu'il s'est hâté de faire la part de la bonne foi et d'une légitime impuissance, en permettant aux arbitres de proroger le délai de la remise des pièces. Or, la constitution même du tribunal arbitral est un sûr garant que les exigences raisonnables et fondées ne seront jamais méconnues.

591. En accordant aux arbitres la faculté de proroger le délai, l'art. 58 se tait sur la durée du nouveau délai. Le législateur s'en remet donc entièrement à cet égard à l'arbitrage des arbitres. Le but qu'il se proposait ne permettait pas d'agir autrement. Ce qui détermine la nécessité d'un second délai, c'est que la partie, par des circonstances indépendantes de sa volonté, n'a pas été à même d'utiliser les premiers. Dès lors, le nouveau délai doit être calculé en vue de ces mêmes circonstances, et être suffisant pour que l'impossibilité qu'elles ont occasionnées ait complétement disparu. Il eût été contraire à la raison qu'en permettant aux arbitres de proroger le délai, on leur eût imposé l'obligation de le renfermer dans des limites évidemment insuffisantes.

Les arbitres sont donc souverains appréciateurs, non-seulement de l'utilité de la prorogation, mais encore de la durée qu'il convient de donner au nouveau délai. Il est même opportun qu'ils ne perdent pas de vue que la loi ne les autorise pas à proroger le délai plusieurs fois et successivement ; qu'à l'expiration de celui fixé par le jugement de prorogation, ils doivent prononcer sur les pièces et mémoires remis. Cette con-

sidération doit donc les engager à accorder plutôt plus que moins, toutes les fois qu'ils n'auront pas l'entière conviction de la suffisance d'un délai déterminé.

592. MM. Malepeyre et Jourdain n'admettent pas que les arbitres ne puissent proroger qu'une seule fois. Nous cherchons vainement, disent ces jurisconsultes, lorsque la prorogation du délai des productions est encore dans le délai du compromis, ou qu'il n'a pas été fixé de délai, le motif qui aurait pu déterminer le législateur à ne leur permettre d'accorder qu'une seule prorogation, et à les forcer de prononcer sur les productions de l'adversaire, quelles que soient les causes qui ont mis la partie en retard dans l'impossiblité de remettre ses pièces, à juger peut-être en dernier ressort, avant d'avoir sous les yeux des titres qui peuvent être décisifs. Cela est trop contraire aux règles de la procédure judiciaire, et surtout à celles de l'équité[1].

593. Le motif du législateur à n'accorder qu'une seule prorogation est facile à saisir. Il ne fallait pas que de prorogation en prorogation on arrivât au terme dont l'échéance enlève toute juridiction aux arbitres. On devait à ce sujet se méfier un peu de la faiblesse des arbitres, et le meilleur moyen pour empêcher toute connivence était de ne permettre qu'une seule prorogation. C'est, à notre avis, ce qui s'induit forcément du texte de l'art. 59.

Remarquons, en effet, que cette disposition fait un devoir aux arbitres de juger sur les seules pièces et

[1] Page 400.

mémoires remis, si le nouveau délai est expiré. Après celui-ci, la loi ne parle plus de prorogation comme elle en a parlé dans l'art. 58. Donc elle refuse ici ce qu'elle accordait naguère.

Cette disposition ainsi expliquée, il est facile de la purger du reproche d'iniquité qu'on lui adresse. Certes, le législateur a spontanément pourvu à ce que toute juste exigence pût être satisfaite. Ainsi, le délai à accorder est laissé à l'entière discrétion des arbitres, pouvant dès lors faire la juste part des circonstances et concilier les exigences de la justice avec l'intérêt de la partie.

Le délai accordé sera donc suffisant pour mettre la partie à même de produire ses pièces. Mais, pour assurer ce résultat, il fallait qu'elle ne pût compter sur une nouvelle prorogation. Il est évident que la certitude, que l'espérance seule d'un nouveau délai pourrait l'amener à ne pas faire d'abord tout ce qu'exige sa position, à s'abstenir de certaines démarches indispensables pour vaincre l'impossibilité dans laquelle elle s'est trouvée jusque-là. C'est ce que la loi a voulu surtout prévenir.

Ajoutons que l'intention du législateur ne peut être sainement appréciée au point de vue où se placent MM. Malepeyre et Jourdain. La supposition dans laquelle ils raisonnent est à peu près irréalisable en matière d'arbitrage forcé.

L'objet que se propose celui-ci est principalement la liquidation de la société venant de se dissoudre, et la détermination des droits et de la position de chaque

associé. Or, les éléments de l'une et de l'autre se trouveront forcément dans les écritures de la société, dans les livres que le gérant doit mettre à la disposition des parties. Conçoit-on, en cet état, qu'un des associés puisse avoir à déposer des pièces pour la remise desquelles on ne puisse, dans un jugement de prorogation, fixer un délai plus que suffisant.

Admettez l'affirmative contre toute vraisemblance : est-ce que la partie devra être définitivement condamnée, malgré l'impossibilité réelle où elle se sera trouvée de remettre ses titres ? Sans doute les arbitres ne pourront accorder une nouvelle prorogation, mais la parti interloquera les faits. Elle demandera à prouver les allégations que ses titres avaient pour objet de justifier. Les arbitres, s'ils sont convaincus de la bonne foi de la partie et de l'utilité de la production, accorderont incontestablement l'interlocutoire. S'ils le refusent, c'est que les faits et circonstances déjà acquis au procès ne permettront pas de considérer comme sérieuses les prétentions à l'aide desquelles on voudrait retarder la solution du litige.

En résumé donc, le texte et l'esprit de la loi s'unissent pour n'admettre qu'une seule prorogation. On doit d'autant plus le décider ainsi, que l'application de la règle est toujours dans le cas de corriger et de modifier ce qu'elle pourrait avoir de trop sévère.

593 (*bis*). L'article 57 Code de commerce soulève d'importantes difficultés. La sommation qu'il exige peut-elle être suppléée par des équipollents ? Le serait-elle notamment par la déclaration consignée dans la

sentence arbitrale, que les parties ont été vainement sommées de produire leurs pièces et mémoires dans le délai légal?

Le système des équipollents ne pourrait être admis que dans l'hypothèse où l'acte, remplaçant la sommation, a, comme celle-ci, réalisé la mise en demeure, et où sa production enlève tout doute quelconque sur son existence matérielle. Ainsi la Cour de cassation a pu très-juridiquement juger dans une espèce qui lui était soumise que la sommation dont parle l'art. 57 a été suffisamment suppléée par la requête présentée au tribunal arbitral, *et signifiée à l'associé en retard de produire,* à l'effet de faire ordonner que, faute par celui-ci d'effectuer la production, il serait statué conformément à l'art. 59 C. de comm. [1].

Mais comment l'admettre ainsi, lorsqu'il s'agit de la déclaration consignée par les arbitres dans la sentence arbitrale, non signée des parties? Cette déclaration offrira-t-elle aucun des caractères se rencontrant dans l'espèce jugée par la Cour de cassation? La preuve de la mise en demeure sera-t-elle acquise? Aura-t-on celle qu'entre la mise en demeure et la prononciation de la sentence il s'est écoulé au moins dix jours? Comment la partie intéressée pourra-t-elle faire la preuve du fait négatif qu'elle alléguera? Or, c'est précisément tous ces embarras que l'art. 57 a voulu éviter en prescrivant une sommation par acte extrajudiciaire. Il n'est pas possible que des arbitres puissent dispenser

[1] 21 janvier 1840. J. D. P., 1, 1840, p. 551.

les parties d'une obligation que la loi leur impose formellement.

Vainement exciperait-on du caractère des arbitres et de la foi due à leur sentence. Les arbitres ne vont juger, et leur sentence ne doit être admise jusqu'à inscription de faux, que relativement aux faits qu'ils ont mission d'accomplir et de constater. Or, la loi ne leur confère pas le soin de sommer les parties, et elle n'admet comme preuve de l'existence de la sommation que la production de l'original. Donc, leur déclaration est insuffisante. Elle n'a pas plus d'effet que n'en aurait celle par laquelle les arbitres, ayant rendu leur sentence après l'expiration du délai du compromis, voudraient, en l'absence de toute déclaration des parties ou de leur signature, prétendre qu'elles ont prorogé ce délai; elle ne pourrait, dès lors, être considérée comme l'équipollent de la sommation.

593 (*ter*). Quel sera l'effet de l'inobservation de l'article 57 C. comm., celui notamment de l'absence de la sommation qu'il prescrit ?

Le droit de se défendre est sacré. Son exécution ne touche pas seulement à l'intérêt privé, elle est d'ordre public. Elle est, en effet, une des conditions sans lesquelles il n'y aurait pas de bonne justice. Égarés par des allégations intéressées, qu'ils ne pourraient ni vérifier ni contrôler, les tribunaux se verraient maintes fois réduits à consacrer malgré eux l'iniquité et l'injustice. L'intérêt général s'unissait donc à l'intérêt privé pour exiger qu'on laissât au droit de se défendre la plus entière, la plus absolue latitude.

Toutefois il ne fallait pas que cette latitude pût aller, dans l'arbitrage, par exemple, jusqu'à rendre toute décision impossible, en retardant indéfiniment la production des pièces et mémoires. De là, l'art. 57, qui, sans porter atteinte à la défense, est venu lui imposer un délai dans lequel elle devra se produire. Cet article est donc exceptionnel, et dès lors il se trouve, quant à son exécution, absolument subordonné à l'accomplissement des conditions qu'il exige.

Cette conclusion n'est pas moins rationnelle à un autre point de vue. Une déchéance quelconque est une peine pour celui qui l'a encourue. Comment donc l'édicter contre celui qui n'a ni négligence ni faute à se reprocher, contre celui qui n'a pas même été mis en demeure d'user de son droit?

La sommation dont parle l'art. 57 constitue cette mise en demeure. Elle est donc indispensable pour que la déchéance puisse être encourue et prononcée. D'autre part, les arbitres n'ont la faculté de juger qu'après l'expiration du délai accordé pour se défendre. C'est ce qui résulte des art. 1016 C. de proc. civ. et 59 du Code de commerce combinés. Or, comment ce délai expirerait-il si, par défaut d'une mise en demeure, il n'avait pas même commencé de courir?

De tout cela il résulte que la sentence arbitrale intervenue en l'absence de la sommation exigée par l'article 57 violerait l'art. 59, porterait atteinte au droit sacré de la défense, et devrait, sous ce double rapport, être annulée sur la poursuite de la partie intéressée [1].

[1] Pardessus, n. 1415. Malepeyre et Jourdain, p. 399.

594. La faculté que les arbitres ont de proroger le délai de la production ne saurait jamais aboutir à leur permettre la prorogation du délai de l'arbitrage. Tout le monde est d'accord sur ce point. Leur mission ne laisserait pas que d'expirer légalement, malgré la prorogation qu'ils en auraient indûment prononcée.

Cette prorogation ne peut résulter que du consentement que les parties peuvent donner à toutes les époques, et notamment à l'occasion de la demande en prorogation du délai de la production. Ainsi, la défense de proroger plusieurs fois le délai ne peut s'entendre que du cas où l'une des parties refuserait toute nouvelle prorogation.

Conséquemment, si le défendeur accepte la prorogation, les arbitres pourront la prononcer. Or, la condition de cette acceptation peut être la prorogation de l'arbitrage lui-même.

Si cette condition est acceptée par le demandeur, aucune difficulté ne saurait naître. Les arbitres doivent concéder acte aux parties de leur consentement mutuel, et au bénéfice proroger le délai de la production. Celui de l'arbitrage est de plein droit reculé à l'époque déterminée par la nouvelle convention.

Mais à défaut d'initiative de la part de la partie, les arbitres, saisis de la demande en prorogation du délai de production, ne pourraient d'office imposer la condition de proroger celui de l'arbitrage. Ils ne peuvent qu'accueillir ou repousser la demande qui leur est adressée. Il en serait de même si la condition proposée par une des parties n'était pas acquiescée par l'autre.

Une observation essentielle trouve ici sa place naturelle. Toutes les fois que la loi appelle les parties à consentir un pouvoir quelconque, à convenir d'une prorogation ou de toute autre mesure exigeant ce consentement, les arbitres sont sans qualité pour en constater par eux-mêmes l'existence. En conséquence, la preuve ne saurait en être acquise que d'une déclaration formelle émanée de chacune d'elles, ou de la signature apposée au procès-verbal dressé par les arbitres. A défaut de l'une et de l'autre, l'énonciation du jugement que ce consentement a été donné ne renfermerait aucun lien légal et obligatoire. La sentence rendue après l'expiration du délai, et en l'état d'une prorogation ainsi constatée, devrait être annulée sur la poursuite de la partie.

595. La communication des pièces et mémoires est-elle obligatoire entre parties en matière d'arbitrage? Cette question reçoit en droit une solution différente, suivant qu'il s'agit d'un arbitrage volontaire ou forcé.

A l'endroit du premier, l'art. 1016, en s'occupant de la remise des pièces et mémoires, n'en prescrit pas, il est vrai, la communication, mais il ne l'exclut ni explicitement ni implicitement. Ce silence de la loi permet donc de recourir au droit commun, exigeant cette communication, avec d'autant plus de raison, qu'en arbitrage volontaire il s'agit d'un litige ordinaire; que l'ajournement n'est pas cependant nécessaire; que le compromis qui le remplace peut bien renfermer le principe de la demande, mais sans aucun développe-

ment; que, dès lors, le mémoire à remettre aux arbitres sera la seule pièce de nature à indiquer les motifs sur lesquels la demande est fondée, et à mettre la partie en position de se défendre utilement.

A ces considérations s'en ajoute une autre décisive. Non-seulement l'article 1016 se tait, ce qui n'est pas exclure les formes ordinaires, mais déjà l'article 1009 a rendu ces formes obligatoires pour les arbitres et les parties, à moins de convention contraire. Or, la communication des mémoires et défenses n'est-elle pas la première et la plus importante formalité de la procédure [1]?

Mais le contraire résulte en droit, pour l'arbitrage forcé, du texte de l'article 56 C. comm. Ici, en effet, en ordonnant aux parties de remettre aux arbitres leurs pièces et mémoires, le législateur les dispense expressément de toutes formalités de justice. La généralité de ces termes comprend, à n'en pas douter, l'obligation de communiquer. Cependant, tout ce qu'il en faudrait conclure, c'est que la partie qui désirerait connaître les moyens et les pièces justificatives de son adversaire serait réduite à en prendre communication chez les arbitres, qui ne pourraient, dans aucun cas, la lui refuser.

Telle serait, en rigueur de droit, la solution s'induisant du texte de l'article 56. Cependant, en fait, on a dans la pratique admis la communication des mémoires, même en arbitrage forcé. Le fondement de cette

[1] Boitard, t. II, p. 512, n. 403. Voyez Chauveau sur Carré, art. 1009, question 3289 *bis*.

pratique repose sur la nécessité de cette mesure, pour les arbitres eux-mêmes; car leur religion ne sera suffisamment édifiée que par des débats contradictoires. Or, comment les obtenir si chaque partie ignore les prétentions de son adversaire? C'est pour obvier à ce grave inconvénient qu'on rend la communication forcée chez les arbitres.

Mais alors n'était-il pas plus simple de vouloir cette communication par la voie plus directe de la partle? C'était là économiser des longueurs, et s'associer conséquemment au but qui a fait admettre l'arbitrage. Cette considération a déterminé la pratique, dans l'interprétation qu'elle a dû faire de l'article 56. Cependant, quelque rationnelle que soit cette interprétation, nous ne voyons pas de quelle manière on pourrait la rendre obligatoire pour celui qui ne voudrait pas s'y conformer.

596. La communication des mémoires n'offre ni inconvénients ni dangers. La copie égarée ou détruite resterait l'original, que les arbitres pourraient toujours consulter.

Il n'en est pas de même des pièces à l'appui ; il n'est pas toujours possible de les communiquer par copie, et celles que l'adversaire égarerait ou détruirait ne pouvant plus être appréciées que par des allégations contradictoires, les arbitres pourraient être induits en erreur, au grand détriment de la partie.

On a donc continué de déposer les pièces entre les mains des arbitres, et c'est à eux qu'appartient exclusivement la faculté de déterminer le mode de commu-

nication. Ils peuvent exiger qu'elle se réalise sans déplacement, ou livrer les pièces sur récépissé, soit à la partie, soit à son conseil; le tout sous leur responsabilité.

597. Ajoutons que les pièces une fois déposées entre les mains des arbitres deviennent la propriété commune des parties, et ne peuvent être retirées que de leur consentement unanime. Celui qui les a déposées n'est donc plus libre de les reprendre. Le refus qu'il ferait de réintégrer celles qu'il serait parvenu à se faire remettre, sous quelque prétexte que ce fût, donnerait lieu contre lui à une poursuite correctionnelle et à l'application de l'article 409 C. pénal.

598. Les arbitres, nantis des pièces et mémoires respectifs, doivent statuer sur le litige. Il se peut cependant que celui-ci ne soit pas en état de recevoir jugement définitif. Dans ce cas, le droit pour les arbitres de prononcer des sentences préparatoires ou interlocutoires ne saurait être consesté. Quelle sera la forme de ces sentences ? Comment devront-elles être exécutées?

Distinguons d'abord les jugements de simple instruction, tels, par exemple, que ceux de prorogation du délai de production, ou de celle de l'arbitrage consentie par les parties auxquelles on en concède acte. Il est évident que ces jugements ne doivent pas être déposés au greffe, ni recevoir l'ordonnance d'exécution.

Quant aux jugements préparatoires ou interlocutoires, la solution devra-t-elle différer suivant que la

mesure ordonnée devra être exécutée par les parties, ou nécessitera le concours de tiers?

La question de savoir si les arbitres pouvaient procéder eux-mêmes à l'instruction qu'ils ont ordonnée était controversée sous l'ancien droit. Rodier, dans son *Traité des sentences arbitrales*, soutenait la négative. Mais l'opinion contraire était enseignée par Jousse dans ses *Observations sur l'administration de la justice*. Cette opinion est généralement suivie aujourd'hui.

Ainsi, les arbitres peuvent opérer eux-mêmes une descente, recevoir un interrogatoire sur faits et articles, une enquête, ou le serment déféré à la partie, soit d'office, soit à la requête de l'autre.

Il semblerait dès lors que la sentence devrait être dispensée du dépôt et de l'ordonnance d'exécution. Mais cela n'est vrai que lorsque le concours de la partie n'est pas indispensable, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un *accedit* sur les lieux par les arbitres.

Dans le cas contraire, la sentence doit être déposée et homologuée, si la partie en refuse l'exécution. Comment, dans un interrogatoire sur faits et articles, remédierait-on au refus de comparaître? Ne faudrait-il pas une mise en demeure, un ajournement légal? Or, l'un et l'autre exigent la signification du jugement qu'on commande d'exécuter; et comment contraindre cette exécution si, avant tout, la sentence n'est pas rendue exécutoire?

Ainsi, de ce que les arbitres poursuivront eux-mêmes l'instruction qu'ils ont ordonnée, il ne s'ensuit pas toujours que leur sentence préparatoire ou inter-

locutoire soit dispensée du dépôt et de l'ordonnance d'exécution. Dans tous les cas, cette instruction se ressent du caractère exceptionnel de la juridiction arbitrale, et obéit à des règles particulières qu'il est utile de rappeler.

599. En première ligne se présente l'obligation de se conformer à la disposition de l'art. 1011 C. procéd. civ. Cet article, régissant l'arbitrage en général, s'applique à l'arbitrage forcé comme à l'arbitrage volontaire. Les motifs qui le justifient dans celui-ci existent avec la même autorité à l'endroit de celui-là.

Donc les actes d'instruction et les procès-verbaux du ministère des arbitres doivent être faits par tous les arbitres. L'exigence de ce concours simultané est une conséquence de l'institution. Chaque arbitre étant institué par une des parties, on pouvait craindre qu'il n'apportât pas dans la mission qui lui serait déléguée toute l'impartialité désirable. Tout au moins convenait-il d'enlever tout prétexte plausible à de pareils reproches.

Les arbitres ne peuvent agir isolément les uns des autres. De là il résulte qu'ils ne peuvent déléguer l'un d'entre eux pour visiter les lieux, pour procéder à un interrogatoire, pour recevoir le serment des experts, ou procéder à une enquête. Toutes ces mesures, qui s'accomplissent régulièrement et légalement devant les tribunaux ordinaires par le ministère d'un commissaire délégué, ne peuvent l'être que par tous les arbitres réunis. C'est pourquoi il a été décidé que, lorsqu'une sentence arbitrale défère le serment à l'une des par-

ties, ce serment ne peut être reçu par un arbitre seul, fût-ce par le tiers, dont l'opinion, vidant le partage, a rendu la sentence définitive [1].

600. La règle est donc aussi certaine que positive. Mais on doit la restreindre dans ses justes limites. Comme tout ce qui est exceptionnel, elle doit être interprétée et résolue d'une manière rationnelle et pure de toute exagération.

Or, on exagérait lorsqu'on soutenait que les arbitres ne pouvaient confier à un tiers le soin de fixer les résultats des solutions par eux données dans la sentence; lorsqu'on prétendait notamment, qu'après avoir établi la base des droits des parties, les arbitres ne pouvaient les renvoyer devant un notaire pour établir les calculs et les chiffres définitifs. Aussi, cette doctrine a-t-elle été formellement condamnée par la Cour suprême. Dans ce cas, a-t-elle dit, les arbitres ayant statué sur toutes les questions en litige entre les parties, et les ayant résolues de manière qu'il ne restait plus qu'à régler authentiquement les calculs en résultant, pour fixer le débet de l'une des parties envers l'autre, ils ont pu les renvoyer devant un notaire pour dresser leur compte sur les bases posées par le jugement arbitral, sans pour cela avoir, comme le prétend le demandeur, méconnu ou violé la loi interdisant aux arbitres la délégation de la mission qui leur est uniquement confiée [2].

[1] Nancy, 13 décembre 1832. Cass., 3 juillet 1834.

[2] Cass., 26 juin 1833.

Le fondement juridique de la disposition de l'article 1011 est donc la prohibition faite aux arbitres de déléguer leur mission soit de l'un à l'autre, soit, à bien plus forte raison, en faveur d'un tiers. Son application obéira donc à ce point de fait : la délégation existe-t-elle ou non ? Or, n'est-il pas évident que lorsque les arbitres ont jugé toutes les questions, ils n'ont pas délégué leur mission en délaissant à un autre le soin de tirer des prémisses par eux posées les conséquences auxquelles elles conduisent logiquement. L'obligation pour celui-ci de se conformer scrupuleusement au jugement est la preuve la plus irrécusable qu'on ne lui a pas donné la mission de juger.

601. C'est par la même appréciation que doit se résoudre la question de savoir si les arbitres peuvent, aux termes de l'art. 1035 C. procéd. civ., décerner une commission rogatoire.

En principe, le droit pour les arbitres de s'entourer de tous les renseignements, de prendre toutes les mesures capables de les mettre à même de remplir la mission qui leur est confiée, ne saurait être contestée. A ce titre, la commission rogatoire peut avoir une grave, une incontestable utilité.

Il y a même mieux, la commission rogatoire rentre complétement dans les prévisions sur lesquelles repose l'institution de l'arbitrage. On a voulu économiser les longueurs et les frais. Or, à quelles longueurs, à quels frais ne s'exposerait-on pas si, prohibant la commission rogatoire, on forçait les arbitres à se transporter eux-mêmes à des distances considérables, ou à appeler

devant eux des témoins résidant dans des localités fort éloignées.

Nous comprenons que ces considérations seraient impuissantes si commettre rogatoirement c'était déléguer le pouvoir qu'on a soi-même reçu. Or, la commission rogatoire n'a qu'un objet, à savoir, recueillir un renseignement plus ou moins important; elle comporte si peu la délégation du pouvoir que, ce renseignement acquis, les arbitres peuvent se prononcer dans un sens diamétralement contraire. En d'autres termes, donner une commission rogatoire c'est en quelque sorte désigner un expert. En conséquence, les arbitres, ayant incontestablement le droit de faire cette désignation, sont également compétents pour conférer une commission rogatoire.

602. Les décisions arbitrales n'ont aucune autorité sur les tiers dont ils ordonnent le concours. Quelle sera donc l'instruction à suivre en matière d'expertise ou d'enquête ?

Si les experts nommés par les parties ou par les juges refusent de comparaître amiablement, la sentence doit leur être signifiée, ainsi que la désignation faite sur requête par le président du tribunal d'un juge chargé de recevoir leur serment, et devant lequel ils seront sommés de comparaître. Le refus d'obéir à cette sommation équivaudra à la non-acceptation de la qualité d'expert. Sur la constatation légale qui en sera faite par le juge, les arbitres procéderont à leur remplacement.

Si les experts, après avoir accepté, refusent d'opérer,

ils doivent être sommés de le faire à la requête de la partie la plus diligente. Faute par eux d'obtempérer à cette sommation, les arbitres dressent procès-verbal de leur abstention, et il est à la suite procédé à leur remplacement.

Enfin, si, après avoir opéré, les arbitres refusent de déposer leur rapport, un procès-verbal constate ce refus et l'impossibilité de juger dans laquelle il place les arbitres. Sur le vu de ce procès-verbal, les parties sont recevables à se pourvoir contre les experts, pour les contraindre à déposer leur rapport, sous toutes les peines de droit, et à leur demander des dommages-intérêts pour le préjudice qu'elles ont pu déjà éprouver de leur refus.

Le rapport des experts, s'il a été amiablement rédigé, peut n'être déposé qu'avec le jugement lui-même. Dans tous les cas, le dépôt, comme celui des procès-verbaux dont nous venons de parler, est fait au greffe du tribunal qui doit ordonner l'exécution de la sentence par le ministère de son président.

603. Il en est des témoins comme des experts. Les arbitres sont sans qualité pour les contraindre, alors même qu'ils ont été régulièrement cités à comparaître.

Les parties doivent donc, en cas de refus, demander leur réassignation. La sentence arbitrale qui l'ordonne doit être déposée et revêtue de l'ordonnance d'exécution, et être signifiée aux témoins.

Si ces témoins persistent à ne pas répondre à l'appel, les arbitres sont incompétents pour leur appliquer les

peines édictées par les art. 263 et 264 C. procéd. civ. Mais la partie qui croira cette application utile à ses intérêts pourra s'adresser au tribunal, et celui-ci, sur sa demande, pourra, non-seulement prononcer contre les témoins des dommages-intérêts et l'amende, mais encore décerner contre chacun d'eux un mandat d'amener.

Le refus des témoins ne pouvant constituer un acte commercial, il est évident que toutes ses conséquences ne peuvent ressortir que des tribunaux ordinaires. On ne saurait donc, même en matière d'arbitrage forcé, en investir le tribunal de commerce.

Si les témoins comparaissent, ils sont entendus dans la forme ordinaire. Nous avons déjà dit que l'art. 1011 oblige tous les arbitres à assister à leur déposition. C'est donc, en réalité, une enquête sommaire, telle qu'elle a lieu devant les tribunaux.

604. Doit-il être tenu note du dire des témoins? L'affirmative ne saurait être douteuse lorsque la cause est appelable. C'est cette règle que l'art. 411 C. procéd. civ. consacre, et que la Cour de Rouen a appliquée à l'arbitrage forcé, en décidant qu'elle doit être suivie, sous peine de la nullité de la sentence [1].

Mais cet article ne régit réellement que les tribunaux ordinaires. Or, les arbitres forcés ne sont et ne peuvent être que des tribunaux de commerce. Cependant la solution doit être la même. En effet, l'art. 432 renferme pour ces tribunaux, et en conséquence pour

[1] 16 août 1842. J. D. P., 1, 1843, p. 643.

les arbitres forcés, une obligation analogue à celle édictée par l'art. 411.

Comment, au reste, admettre le contraire? L'enquête est un élément décisif de solution, sur lequel probablement les arbitres étayeront leur sentence, ou auquel on leur reprochera de n'avoir pas eu égard. Dans l'un comme dans l'autre cas, le degré supérieur, investi du litige, ne pourra utilement apprécier, s'il n'a sous les yeux la déposition des témoins. De là la nécessité de les recueillir par écrit, à moins d'admettre que la loi a préféré de voir devant la Cour recommencer l'enquête.

Il y a même plus : nous croyons que cette obligation existe pour les arbitres dans tous les cas, même dans celui où la cause pourrait être jugée en dernier ressort. En effet, les arbitres diffèrent d'un tribunal, en ce sens qu'ils n'auront définitivement jugé qu'après que leur sentence constatera leur accord.

Jusque-là un partage d'opinion est à craindre, et ce partage se réalisant, la décision est dévolue à un tiers. Or, celui-ci a évidemment besoin de consulter l'enquête et d'en apprécier les résultats, besoin d'autant plus impérieux que bien souvent les arbitres se fonderont sur cette enquête pour motiver la décision diamétralement opposée que chacun d'eux aura adoptée.

Or, ce partage doit toujours être prévu, et ce que cette prévision commande, c'est de tenir note par écrit de la déposition des témoins, et d'éviter ainsi la nouvelle enquête que le tiers devrait faire pour remplir

consciencieusement la mission qui lui est échue. Cependant, l'absence de toute obligation légale à ce sujet ne permettrait pas d'annuler la sentence prononcée sans avoir rempli cette formalité. C'est aux parties à provoquer cette mesure, que la prudence fait un devoir aux arbitres d'accomplir.

L'exécution de la règle édictée par l'article 432 du Code de procédure civile se modifie lorsqu'au lieu d'un tribunal de commerce ce sont les arbitres forcés qui ont à la réaliser. Les dépositions ne pouvant être recueillies par un greffier, le seront par les arbitres eux-mêmes dans le procès-verbal qu'ils tiennent de leurs opérations; chacune d'elles sera signée par eux, par le témoin, et même par les parties. Cette dernière formalité est surtout utile lorsque le témoin étant illétré, sa signature doit être remplacée par la mention qu'il ne sait signer.

Rappelons que les formes, quelles qu'elles soient, obligatoires pour les tribunaux, restent pour les arbitres soumises uniquement à la volonté des parties. On peut donc les supprimer, ce qu'on ne saurait jamais faire devant les tribunaux. La dispense de tenir note des dépositions des témoins résulterait donc de celle des formalités en général; elle pourrait, à défaut de celle-ci, être spécialement consentie. Dans un cas comme dans l'autre, cette dispense lierait les arbitres et les parties.

605. Les arbitres n'ayant qu'une juridiction exceptionnelle et déterminée ne peuvent connaître de tous les incidents que l'instruction du litige peut faire sur-

gir. En tête des incidents dont la connaissance leur est enlevée se placent l'inscription de faux, même purement civile, et tous autres incidents criminels. C'est ce qui est expressément réglé par l'article 1015 du Code de procédure civile.

L'application de cet article à l'arbitrage forcé ne saurait être l'objet d'un doute quelconque; car ce qu'il décide pour les arbitres amiables avait déjà été sanctionné à l'endroit des arbitres forcés par l'article 427 du même Code. Ceux-ci, en effet, remplacent le tribunal de commerce. Ils ne pourraient donc, dans aucun cas, connaître de ce qui est nommément soustrait à la compétence de ce tribunal. L'inscription de faux forcerait donc les arbitres à renvoyer les parties et matière devant les tribunaux ordinaires.

Mais pour que ce renvoi soit obligatoire, il ne suffit pas qu'il y ait réserve de s'inscrire en faux, il faut encore que l'inscription ait été réalisée dans le mode prescrit par les art. 215, 216 et 218 C. procéd. civ. [1]. Vainement a-t-on voulu faire résulter le contraire de ce que l'article 427 proclamait l'incompétence du tribunal de commerce dès qu'une pièce était *arguée* de faux. On a fort justement répondu que cette expression de l'article 427 ne pouvait s'entendre d'une simple allégation; qu'une pièce quelconque n'est réellement *arguée* de faux que lorsqu'elle est devenue l'objet d'une inscription; que d'ailleurs, pour les arbitres comme pour le tribunal de commerce, ce n'est que la

[1] Cass., 18 juin 1816.

réalisation de cette inscription qui, donnant lieu à une procédure spéciale, motive le renvoi et le sursis, qui n'auraient aucune raison plausible si tout se bornait à une allégation de faux ou à la réserve de s'inscrire [1].

606. L'article 1015 s'applique à l'arbitrage forcé pour l'intégralité de sa disposition. Ainsi, le délai de l'arbitrage convenu ou fixé reste suspendu pendant la procédure de l'inscription. Il ne reprend son cours que du jour du jugement; il en serait de même pour tout autre incident criminel.

Qu'en serait-il des incidents civils, des mesures préparatoires ou interlocutoires? Le cours du délai serat-il également suspendu?

L'affirmative a été soutenue. La suspension du délai, a-t-on dit, doit être admise lorsque l'incident est tellement lié au fond qu'il ne pourrait en être séparé. Dans ce cas, les arbitres ne pourraient remplir leur obligation relativement au fond sans préalablement juger cet incident. Ce n'est donc qu'à partir de la décision que le délai de l'arbitrage devra reprendre, car jusque-là les arbitres ont été dans l'impuissance de s'occuper de ce qui a fait l'objet de celui-ci. Les mêmes motifs, ajoute-t-on, commandent une solution identique dans le cas d'un interlocutoire ou d'un préparatoire ordonnant une preuve, une vérification ou une instruction préjugeant le fond, et sans laquelle il ne saurait y avoir de solution définitive. On a voulu faire

[1] De Vatismenil, v° *Arbitre*, n. 287.

résulter cette doctrine des articles 1013 et 1015 du Code de procédure civile [1].

Mais l'opinion contraire était déjà admise sous notre ancien droit. Jousse, notamment, l'enseignait en ces termes : « Un jugement interlocutoire ne pourrait servir à proroger le temps du compromis; il faudrait nécessairement pour cela un autre pouvoir [2]. »

Un grand nombre d'auteurs modernes, MM. Carré et de Vatismenil entre autres, ont adopté cette doctrine, qui, il faut l'avouer, rentre plus avant dans le véritable esprit de la loi. L'article 1012, en effet, ne distingue pas, il suppose que tous les incidents pourront être vidés dans le délai fixé. La prévision du contraire ne détermine qu'un seul remède, la faculté de proroger, faculté qui ne serait bientôt plus qu'une superfétation si le délai était suspendu toutes les fois qu'il s'offrirait un incident quelconque, ou qu'une instruction, qu'une preuve aurait été ordonnée.

Ces considérations, loin d'être atténuées par les articles 1013 et 1015, reçoivent de leur disposition une autorité plus décisive. A quoi bon les édicter l'un et l'autre, si le principe de la suspension était de droit commun ? Pouvait-il exister un doute quelconque sur l'application du principe aux hypothèses qui y sont prévues ?

Evidemment donc, si, dans ces hypothèses, le législateur a cru devoir formellement ordonner la suspension, c'est que, reconnaissant que la non-suspension

[1] Boucher, p. 208, n. 373.
[2] *Traité de l'administration de la justice*, p. 703, n. 46.

formant le droit commun, sa volonté d'y déroger devait être nettement formulée, car la suspension qu'il adoptait était à ce prix. Or, ce qu'il a fait pour les cas des art. 1013 et 1015, il ne le fait pas pour les incidents civils, pour les mesures préparatoires ou interlocutoires. Donc, ce silence, laissant ces derniers sous l'empire du droit commun, exclut toute suspension.

607. Nous n'admettons pas cependant que l'article 1015 soit tellement restrictif, que la suspension du délai de l'arbitrage ne se réalise que dans les cas qui y sont indiqués. Si le texte conduit à cette conséquence, l'esprit de la loi amène à une solution opposée. Il faut distinguer les incidents pouvant être appréciés par les arbitres et ceux qui échappent à leur compétence.

Les premiers ne suspendront jamais les délais, à quelque époque qu'ils soient proposés. Les arbitres pourront les apprécier, fût-ce même conjointement avec le fond. C'est ce qu'ils sont obligés de faire dans le délai convenu ou fixé.

Il ne saurait en être ainsi pour les incidents excédant la compétence des arbitres. Admettre dans ce cas la même doctrine, ce serait livrer le sort de l'arbitrage au caprice des parties. Celle qui aurait intérêt à empêcher la solution aurait le soin de soulever l'incident à une époque où la nécessité d'investir une autre juridiction et d'instruire devant elle ne permettrait pas d'utiliser le délai fixé aux arbitres. C'est notamment ce qui se réaliserait pour la récusation, par exemple.

Un pareil résultat n'a pu entrer dans la pensée du législateur, et c'est répondre à ses intentions que de

proscrire tout ce qui pourrait directement ou indirectement le déterminer. Il faut donc admettre, avec MM. Rodière et Chauveau, que lorsque l'incident n'est pas de la compétence des arbitres, le délai du compromis est suspendu, et ne recommence à courir que du jour du jugement. L'art. 1015, ajoute ce dernier, ne dit pas que l'inscription de faux est le seul cas, avec celui de l'art. 1013, où le délai cesse de courir; mais il ajoute cette dernière disposition comme une conséquence naturelle du renvoi devant un autre tribunal, par des motifs s'appliquant également au jugement de tout incident étranger à la compétence des arbitres[1].

608. Maintenant, quels sont les incidents que les arbitres ont le droit et le devoir d'apprécier? Ceux évidemment qui s'élèveraient dans le cours de l'instance soumise à leur décision, et sans lesquels la cause ne saurait être jugée. Tels seraient, dit M. Jousse, ceux ayant pour objet une vérification d'écritures, une compensation, une prescription.

Ces deux dernières ne constituent que des exceptions plus ou moins péremptoires, à l'aide desquelles on repousse la demande principale; la compétence des arbitres pour les apprécier n'a jamais été, ne pouvait jamais être contestée. Il n'en est pas de même de la vérification d'écritures. Cette question a profondément divisé nos jurisconsultes.

MM. Dalloz et Boitard adoptent la doctrine de Jousse,

[1] Sur Carré, art. 1015, quest. 3322.

et accordent aux arbitres le droit de procéder à la vérification.

M. Thomines distingue. Il ne reconnaît ce droit aux arbitres qu'en matière civile, et à la condition que les parties consentiront à leur remettre les pièces de comparaison; car, en matière commerciale, les arbitres sont régis, comme les tribunaux de commerce, par l'art. 427 C. de procéd. civ.

Enfin, MM. Bellot et de Vatismenil enseignent l'incompétence absolue des arbitres à l'endroit de la vérification. Les arbitres ne sont qu'une juridiction spéciale, et la loi ne peut leur accorder ce qu'elle refuse aux juges de paix et aux tribunaux de commerce, suivant les articles 14 et 427 C. procéd. civ.[1].

609. S'il nous était permis de nous prononcer au milieu de si imposantes autorités, nous nous arrêterions à l'opinion de M. Thomines. Nous pensons avec lui que les arbitres ne sont pas incompétents d'une manière tellement absolue, que les parties ne puissent leur déférer la faculté de procéder à la vérification d'écritures. Ce qui prouve le mérite de cette solution, c'est que la connaissance de cette procédure, si elle est interdite aux juges de paix et aux tribunaux de commerce, ne leur est pas enlevée par un motif d'ordre public. Remarquons, en effet, que la vérification d'écritures n'est pas même communicable au ministère public.

Donc les parties peuvent investir valablement les

[1] Voir Dalloz, v° *Arbitre*, p. 751. Boitard, t. III, p. 415. Thomines, t. II, p. 670. Bellot, p. 636. De Vatismenil, v° *Arbitre*, n. 234.

arbitres, et la preuve qu'elles l'ont fait résultera de la remise volontaire des pièces de comparaison.

Mais si cette remise est refusée, si l'une des parties refuse de soumettre le litige aux arbitres, ceux-ci n'auront aucun moyen de la contraindre. Les arbitres, après tout, ne sont que des hommes privés, n'ayant en dehors des pouvoirs qui leur sont attribués par les parties ni caractère ni autorité. On ne saurait notamment les placer sur une ligne autre que celle qu'on assigne aux tribunaux de commerce.

Ainsi, la compétence arbitrale, en matière de vérification d'écritures, tient uniquement à la volonté des parties. Si l'une seule refuse, si elle résiste à la remise des pièces, c'est à la justice ordinaire qu'il faudra recourir, et qui seule, dès lors, sera chargée de statuer.

Nous nous rangeons donc sur ce point à l'avis de M. Thomines ; mais nous ne pouvons admettre la distinction qu'il fait entre les arbitres amiables et les arbitres forcés. Il est au contraire évident que la volonté des parties, attribuant juridiction aux premiers, doit également l'attribuer aux derniers. Pourquoi, en effet, suffisante dans un cas, cette volonté ne le serait-elle pas dans l'autre ? Parce que dans celui-ci les arbitres remplacent le tribunal de commerce, et qu'un tribunal ne saurait être modifié au gré des parties. Mais cette règle, vraie pour les tribunaux, ne l'est pas pour les arbitres. La preuve, c'est que tout forcés qu'ils soient, ceux-ci peuvent être dispensés des formes, recevoir la qualité d'amiables compositeurs. Les parties qui ont ce pou-

voir doivent également avoir celui de leur déférer la connaissance de la vérification d'écritures. Cela nous paraît incontestable.

610. Quelle est la position des arbitres à l'endroit des demandes reconventionnelles ou en garantie?

Aucun doute ne saurait s'élever s'il s'agit d'une garantie contre un tiers, et si celui-ci n'a pas accepté formellement la juridiction arbitrale. Les arbitres sont sans qualité pour l'apprécier, à moins qu'appelé devant eux, le garant consente formellement à être jugé par eux.

Quant aux demandes reconventionnelles, la solution dépend du caractère que ces demandes ont en fait. Ainsi, les arbitres ne pourront en connaître que si, en arbitrage amiable, la demande reconventionnelle rentre dans les termes du compromis comme dépendance nécessaire du litige sur lequel porte le compromis. Dans le cas contraire, la sentence serait nulle, comme ayant été prononcée au delà du compromis ou sans compromis.

En arbitrage forcé, la demande reconventionnelle ne serait de la compétence des arbitres que si elle se rattachait d'une manière indivisible aux difficultés sur lesquelles l'arbitrage doit porter. Or, ce caractère ne ressortira guère que de cette double circonstance, que le droit prétendu sera social, et réclamé par l'associé en cette qualité. Alors, en effet, cette prétention constituerait une contestation entre associés, et pour raison de la société, que la loi défère forcément aux arbitres.

Ceux-ci seraient donc incompétents si la demande reconventionnelle avait une autre origine que les rapports sociaux, si le droit qui en fait la base était réclamé à un autre titre et en une autre qualité que celle d'associé.

Dans tous les cas, l'incompétence des arbitres à l'endroit de la demande reconventionnelle ne saurait rejaillir sur la demande principale. Celle-ci doit toujours être jugée, sauf le droit de la partie à se pourvoir sur l'autre, aux formes et devant qui de droit.

611. Le jugement rendu par les arbitres sur pièces et mémoires remis, faute par la partie en retard d'avoir réalisé ses productions dans les dix jours de la sommation, peut-il être attaqué par la voie de l'opposition?

La négative ne saurait souffrir aucune difficulté en matière d'arbitrage volontaire ; elle est expressément consacrée par le dernier paragraphe de l'article 1016 du Code de procédure civile. Il était même difficile qu'il en fût autrement, sans abandonner le sort de l'arbitrage à la discrétion et au caprice des parties.

En effet, les arbitres volontaires ne peuvent prononcer leur décision que dans la dernière quinzaine du délai conventionnel ou légal du compromis. Evidemment cette quinzaine suffirait à peine à l'accomplissement des formalités devant précéder l'opposition, à savoir : la prononciation, le dépôt, la levée et la signification de la sentence. De manière que l'opposition se réalisant remettrait tout en question au moment où les pouvoirs des juges étant expirés ou près d'expi-

pirer, il y aurait impossibilité matérielle de prononcer régulièrement.

Cet inconvénient n'est pas également à redouter en matière d'arbitrage forcé. La faculté que le tribunal de commerce a de proroger le délai, même contre le gré de la partie, peut, dans certaines circonstances, suffire pour concilier tous les intérêts. Cependant la solution doit être la même. L'art. 1016 reconnaît, en effet, un autre motif parfaitement applicable à l'arbitrago forcé. Ce motif, qui a fait l'objet de la disposition de l'art. 113 C. procéd. civ., est que, dans les instructions par écrit, il ne saurait y avoir de défaut proprement dit. La partie avec laquelle l'instruction par écrit a été contradictoirement ordonnée n'est pas défaillante ; si elle ne produit pas, c'est qu'elle consent à être jugée sur la production de son adversaire.

Or, nommer des arbitres c'est se soumettre à l'instruction par écrit sur laquelle ceux-ci sont exclusivement appelés à se prononcer. Notre question se place donc sous l'empire de la règle de l'article 113 du Code de procédure civile, et doit être résolue par elle.

De là il suit que la prohibition n'ayant pas d'autre fondement que la procédure elle-même, on ne saurait l'appliquer lorsque cette procédure est laissée à la forme ordinaire. C'était donc mal à propos qu'on voulait exclure l'opposition envers le jugement statuant par défaut sur la nullité du jugement arbitral pour une des causes indiquées par l'article 1028. Cette nullité soumise au tribunal, et ne donnant pas lieu à une instruction par écrit, ne pourrait être soustraite aux rè-

gles tracées par les articles 149 et suiv. du Code de procédure civile.

Il en serait de même des arrêts que la Cour serait appelée à rendre sur l'appel de la sentence arbitrale.

ARTICLE 60.

En cas de partage, les arbitres nomment un surarbitre, s'il n'est nommé par le compromis. Si les arbitres sont discordants sur le choix, le surarbitre est nommé par un tribunal de commerce.

ARTICLE 61.

Le jugement arbitral est motivé.

Il est déposé au greffe du tribunal de commerce.

Il est rendu exécutoire sans aucune modification, et transcrit sur les registres en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, lequel est tenu de la rendre pure et simple, et dans le délai de trois jours du dépôt au greffe.

SOMMAIRE.

612. La voix de chacun des arbitres nommés par des associés ayant le même intérêt compte pour un suffrage. Conséquences.

613. La sentence arbitrale doit être délibérée en commun par tous les arbitres. Jurisprudence de la Cour de cassation.

614. Arrêt contraire de la Cour de Metz. Critique et réfutation.

615. Comment se fera la preuve que cette condition a été remplie.

616. Effet quant à ce de la signature apposée sur la sentence à des dates différentes. Espèce jugée par la Cour de Grenoble.

617. *Quid* si les signatures ayant été données le même jour, l'un des arbi-

612. L'inconvénient de laisser plusieurs associés,

n'ayant en réalité qu'un seul intérêt, nommer chacun un arbitre se révèle énergiquement au moment du jugement. Comme toute décision judiciaire, celui-ci se forme à la majorité des voix : donc l'intérêt qui en compte un plus grand nombre est d'avance assuré de triompher.

Aussi a-t-on voulu soutenir que, dans cette hypothèse, les divers arbitres nommés par les parties ayant le même intérêt ne devaient compter que pour un suffrage. Mais cette prétention a été repoussée. En présence des embarras sans nombre que pouvaient faire naître les fractions de voix, les tribunaux se sont attachés à cette idée que les arbitres sont, non point les mandataires des parties, mais leurs juges, et qu'une fois acceptés par toutes les parties, on ne devait pas s'enquérir de celles qui les ont nommés [1].

Cette règle avait été depuis longtemps sanctionnée par la Cour de cassation. Elle jugeait en conséquence, le 23 novembre 1824, que, lorsque les arbitres des parties ayant le même intérêt diffèrent d'opinion avec celui de la partie ayant un intérêt contraire, il n'y a pas lieu de nommer un tiers pour les départager ; qu'il suffit que les arbitres aient été deux contre un pour que le jugement de la majorité ait dû produire tous ses effets.

Le caractère juridique de ce principe ne saurait être méconnu ou contesté. La considération qui en fait le fondement est d'une haute moralité. La loi ne devait

[1] Pardessus, n. 1412. Mongalvy, n. 337. Toulouse, 9 août 1833, 1er mars 1834. Lyon, 21 mars 1838. J. D. P., 2, 1838, p. 444.

pas admettre que les arbitres se prononceront infailliblement pour la partie qui les a nommés, sacrifiant leur position de juge à celle de défenseur.

Mais malheureusement cette sage conduite du législateur n'a pas fait disparaître le mal. La supposition qu'on n'a pas dû admettre ne se réalise que trop souvent. On doit donc ne rien négliger de ce qui peut y former obstacle. Or, le moyen le plus énergique pour arriver à ce but, c'est de veiller à la constitution du tribunal arbitral, et d'exiger que tous les associés ayant le même intérêt ne soient représentés que par un seul arbitre.

613. Le jugement que les arbitres sont appelés à rendre, soit sur l'instruction, soit sur le fond, doit être délibéré en commun par tous les arbitres. Le défaut de délibération, ou une délibération partielle, alors même qu'un des arbitres se serait démis ou aurait perdu cette qualité, entraînerait la nullité de la sentence. C'est ce qui résulte expressément du § 3 de l'article 1028 du Code de procédure civile.

La jurisprudence nous offre de nouveaux exemples d'application de cette règle. La Cour de cassation n'a pas cessé de la maintenir avec rigueur. Elle a jugé que des décisions séparées émanées de chaque arbitre ne pouvaient former un jugement arbital; que lorsque trois arbitres ont été volontairement nommés, et que l'un d'eux ne se présente pas ou refuse de se présenter, le jugement rendu par les deux autres, sans que l'arbitre absent ait été remplacé, est nul; enfin, qu'un jugement arbitral rendu et signé par la majorité des arbitres

en l'absence de l'un d'eux n'est pas valable lorsqu'il n'est pas constant que l'arbitre absent ait participé à toutes les délibérations [1].

614. Cependant la Cour de Metz semble s'être écartée de cette règle, en décidant, le 20 novembre 1821, que lorsque l'arbitre de l'une des parties remet aux deux autres parties un mémoire en faveur de cette partie, et en sa présence, en déclarant qu'il ne se mêlera plus de l'affaire et que les arbitres pourront décider sans lui, ceux-ci sont autorisés à juger en son absence, et leur sentence ainsi rendue est valable.

Nous ne saurions être de cet avis. Le concours de tous les arbitres à la délibération n'est pas exigé dans l'intérêt spécial de telle ou telle partie, il est la garantie commune de toutes. Il est de plus indispensable pour donner à la sentence elle-même le caractère de jugement.

Il ne peut donc pas dépendre d'un arbitre de se refuser à l'accomplissement du devoir qui lui est imposé. La Cour de cassation nous le disait tout à l'heure. L'arbitre refusant doit être remplacé, et la sentence que les autres rendraient avant ce remplacement serait nulle.

La Cour de Metz ne reconnaît pas à l'arbitre le pouvoir que nous lui contestons. Si elle l'admet dans l'espèce, c'est que la déclaration qu'il ne se mêlera plus de l'affaire et l'autorisation de juger sans lui qu'il donne à ses coarbitres se réalisent en présence de la

[1] 18 germinal an IV; 18 frimaire an VII; 2 septembre 1811; 4 mai 1809.

partie, et sans réclamation de sa part; que dès lors celle-ci, ratifiant le fait de son arbitre, se le rend personnel, et qu'ainsi les autres arbitres étaient autorisés suffisamment à délibérer seuls.

Nous répondons que cet argument n'avait et ne pouvait avoir aucune portée sérieuse. Il est bien vrai qu'il résulte du paragraphe 3 de l'art. 1028 que les arbitres peuvent être autorisés à juger en l'absence les uns des autres; mais cette autorisation n'est régulière qu'en tant qu'elle émane de toutes les parties. Nous l'avons déjà dit, le tribunal arbitral, définitivement constitué, est acquis à toutes les parties, et il n'appartient plus à personne de priver l'une d'elles du bénéfice de cette constitution. La partie qui a nommé l'arbitre ne pourrait plus le révoquer. Or, ne le révoquerait-elle pas si elle pouvait valablement le dispenser de concourir à la délibération et au jugement?

Il est donc évident que l'autorisation pour un arbitre de s'abstenir, pour les autres de juger seuls, ne serait régulière qu'autant qu'elle émanerait de toutes les parties. Sans cela, rien ne saurait empêcher celle qui n'aurait pas consenti de se plaindre de l'absence d'un des arbitres, et de demander la nullité de la sentence rendue par les autres. Objecterait-on que l'arbitre qui s'est abstenu n'avait pas été nommé par la partie plaignante? Mais celle-ci répondrait avec raison que cet arbitre n'ayant pas été récusé était acquis à toutes les parties, qu'on n'avait pu, dès lors, sans leur consentement unanime, l'éloigner, ou acquiescer à ce qu'il s'éloignât des débats.

L'accord des parties peut donc seul délier les arbitres de l'obligation de délibérer en commun. A défaut de convention à cet égard, ce vœu de la loi doit être accompli, à peine de nullité.

615. Comment et par quelles preuves justifiera-t-on de cet accomplissement? Par les énonciations de la sentence elle-même, par celles du procès-verbal dressé par les arbitres, notamment par la déclaration expresse que la décision n'a été prononcée qu'après en avoir mûrement et dûment délibéré.

Cette déclaration, insérée dans le jugement, est couverte par la signature que les arbitres ont apposée à celui-ci, et qui en garantit toutes les énonciations. Mais il faut que la signature ait été donnée le même jour, à la même date. Une différence dans celle-ci exclurait la certitude d'une délibération collective. C'est ce que la Cour de Grenoble a formellement jugé le 14 août 1834.

616. Dans cette espèce, la Cour dut se préoccuper d'une circonstance qu'il importe de relever pour la solution d'une question que nous allons examiner, à savoir, si les énonciations du jugement peuvent être combattues par les déclarations privées des arbitres. Cette circonstance, la voici :

Le jugement arbitral attaqué portait : *Ainsi jugé, statué et prononcé par nous, Auguste Archier, Charles Archinard et Etienne Chaine, en qualité d'arbitres amiables compositeurs, à Vienne, dans le cabinet de M. Chaine, l'un de nous, ce 9 août 1833, et avons signé. Signé Charles Archinard et Etienne Chaine.*

La signature de M. Archier ne figurait dans la sentence qu'à la date du 24 du même mois. Elle avait donc été donnée quinze jours plus tard; elle était de plus précédée de la déclaration que voici :

« En signant le présent jugement, je me crois obligé de faire connaître qu'il est contraire à mon opinion personnelle. Je déclare aussi, pour rendre hommage à la vérité, que, quoique nous nous soyons réunis plusieurs fois pour examiner les comptes des parties, nous n'avons pas délibéré sur les difficultés qu'ils présentaient et sur les résultats qu'ils devaient avoir; enfin, que le jugement n'a pas été arrêté en commun, et que ce n'est qu'aujourd'hui qu'il m'a été présenté, tout rédigé, par M. Archinard, l'un des arbitres, que j'en ai eu connaissance; l'autre arbitre, M. Chaine, ne m'a jamais manifesté son opinion. »

Sur cette déclaration, on se pourvut en nullité de la sentence, par opposition à l'ordonnance d'*exequatur*. Vainement voulut-on faire écarter la demande en excipant de ce que la signature de deux arbitres faisait foi de la prononciation du jugement à la date du 9 août 1833, et qu'il n'avait pas dépendu du troisième d'enlever aux parties un jugement qui leur était acquis. La nullité fut accueillie d'abord par le tribunal civil de Vienne, par la Cour de Grenoble ensuite.

Les motifs de ces décisions sont remarquables, en ce qu'ils sont puisés non pas dans la déclaration de l'arbitre dissident, mais dans les faits résultant de la sentence elle-même. « Attendu, disent le tribunal et la Cour, que tout jugement doit être délibéré en commun

et rendu simultanément par tous ceux qui y ont pris part; que dans l'espèce rien ne prouve que le jugement arbitral ait été délibéré en commun par les trois arbitres nommés par les parties; qu'il est établi par le jugement lui-même qu'il n'a pas été rendu par tous les arbitres réunis, puisqu'un jugement arbitral n'a d'existence légale que par la signature des arbitres, et que le jugement dont il s'agit a été signé à des dates différentes. »

Ainsi on s'arrête au fait matériel de la différence dans les dates, et on en conclut qu'il n'y a pas eu de délibération. C'est là une appréciation que les magistrats avaient le droit de faire, et dont les conséquences juridiques étaient bien celles qu'ils en déduisaient. Ils pouvaient donc ne pas s'expliquer sur la portée de la déclaration de l'arbitre.

617. Mais on serait bien forcé d'agir autrement si, les signatures données le même jour, l'une d'elles était précédée d'une déclaration de ce genre. Devrait-on, s'en référant à l'uniformité de la date, repousser purement et simplement la déclaration ?

La question nous paraît extrêmement délicate. Sa solution offre dans tous les sens des inconvénients et des dangers.

Admettre la déclaration de l'arbitre, c'est donner à la minorité la préférence sur la majorité, c'est enlever aux parties le bénéfice d'un jugement acquis, et peut-être contre la vérité; car ce que les deux arbitres ont pu et dû considérer comme une délibération a pu ne pas paraître tel au troisième.

D'autre part, en supposant que le jugement n'ait pas été délibéré, comment le constater autrement que par la déclaration de l'arbitre qui n'a pas délibéré? Peut-on, dans ce cas, exiger de lui autre chose qu'une déclaration immédiate du fait? Dira-t-on qu'il doit refuser de signer? Mais ce refus, constaté dans le jugement, laissera celui-ci produire tout son effet. Il a donc dû signer, mais en protestant contre une allégation qu'il soutient être inexacte.

Dans un pareil état de choses, toute règle absolue serait dans le cas de blesser la vérité et la justice. Le plus sage était donc de s'en rapporter à la prudence du juge, et cette solution nous paraît parfaitement rentrer dans l'esprit de la loi. Ainsi, l'uniformité de la date dans les signatures ne sera pas la preuve invincible que le jugement a été délibéré. La déclaration contraire, consignée par un arbitre dans le jugement lui-même, pourra être considérée comme la vérité et accueillie par la justice.

Mais la signature donnée à la même date par tous les arbitres, sans protestations ni réserves, rend la sentence inattaquable sous prétexte du défaut de délibération. Vainement produirait-on à l'appui de ce reproche l'attestation conforme d'un ou de plusieurs arbitres; la conduite de ceux-ci aurait d'avance donné à leur certificat le plus énergique démenti. Si le fait attesté avait été vrai, ils devaient le constater spontanément dans la sentence et au moment où elle était présentée à leur signature. L'apposition pure et simple de celle-ci exclut donc non-seulement la possibilité du

fait, mais encore sa vraisemblance. D'ailleurs, il serait immoral de permettre aux arbitres d'annuler après coup, et par des attestations de complaisance, les jugements auxquels ils ont librement et volontairement concouru.

Quelle que soit donc la teneur du certificat ultérieurement délivré par un arbitre, ce certificat ne saurait prévaloir sur le jugement. On devrait donc n'en tenir absolument aucun compte.

618. Ce que nous devons encore relever dans l'arrêt de Grenoble, c'est que les arbitres avaient été institués amiables compositeurs. Cette qualité, avons-nous dit, dispense les arbitres de toutes les formalités et de toutes les règles de la procédure. La Cour de Grenoble ne considère donc pas l'obligation de délibérer comme se plaçant dans les unes ou dans les autres, puisqu'elle annule la sentence, quoique rendue par des amiables compositeurs.

En cela la Cour de Grenoble a raison. Les amiables compositeurs sont dispensés de toutes les formalités, mais ils doivent rendre un jugement. Or, la délibération est une condition substantielle de celui-ci. Sans elle il n'y aurait que des opinions personnelles, ne pouvant offrir aucune des garanties qu'offre une sérieuse et légitime discussion. La nécessité de délibérer ne peut donc céder que devant la dispense que les parties en auraient expressément consentie.

619. Contre la nécessité d'une délibération commune, on a objecté la disposition de l'art. 1016. Pourquoi, a-t-on dit, n'en serait-il pas du refus de délibérer

comme de celui de signer ? Ne pas permettre de suppléer au premier, n'est-ce pas se jeter dans l'inconvénient que la loi a voulu éviter lorsque le second se réalise ?

Sans doute le refus de délibérer de la part d'un arbitre peut faire tomber le compromis en arbitrage volontaire, occasionner des longueurs et des frais en arbitrage forcé ; mais ce refus ne peut être assimilé à celui dont s'occupe l'art. 1016.

La délibération est un préalable inévitable à tout jugement ; l'obligation d'y participer est purement personnelle. Dès lors, la loi n'a non-seulement aucun moyen d'en contraindre l'exécution, mais encore nulle possibilité d'y suppléer. Tout ce qui peut légalement en résulter, c'est que le refus sera assimilé à un déport hors les cas prévus, et donnera lieu à une allocation de dommages-intérêts.

Mais lorsque le jugement a été rendu, il n'appartient plus aux arbitres d'en empêcher l'effet. La rétractation formelle qu'ils en feraient ne serait ni régulière ni valable. Pouvait-on leur permettre de faire indirectement ce qu'ils ne peuvent faire d'une manière directe ? Non, évidemment, et c'est cette règle qui a dicté l'art. 1016.

La signature ne constitue pas la sentence ; elle en prouve l'existence, elle justifie qu'elle a été arrêtée et convenue. Dès lors, si la majorité atteste l'un et l'autre, le refus de la minorité ne pouvait sans injustice aller jusqu'à enlever aux parties le bénéfice du jugement.

Ainsi il y a entre le refus de délibérer et celui de signer cette différence, c'est que les arbitres n'ont la qua-

lité de juges que par la réunion de tous ceux que les parties ont appelés à connaître de l'affaire; que l'un d'eux refusant de délibérer, il n'y a plus régulièrement de tribunal constitué, et dès lors il ne saurait intervenir de jugement.

Dans l'hypothèse de l'art. 1016, au contraire, le jugement a été régulièrement rendu. Il ne s'agit plus que de sa constatation, qu'on ne pouvait rationnellement laisser au caprice de chaque arbitre.

620. Remarquons bien, au reste, les termes de l'article 1016. La faculté de suppléer à l'absence de la signature n'est accordée que lorsqu'il y a plus de deux arbitres, que lorsque, par conséquent, le jugement peut être revêtu de la signature de la majorité de ceux qui l'ont rendu.

Dès lors, s'il n'avait été élu que deux arbitres, le refus de signer que ferait l'un d'eux annulerait la sentence. Ce refus, en effet, proviendrait ou de ce que l'arbitre refusant ne serait pas de l'avis de l'autre, et en ce cas il y aurait lieu à déclarer partage, et à nommer un tiers arbitre; ou de ce que cet arbitre ne voudrait pas remplir sa mission, et alors ce serait le cas du déport, et il y aurait lieu à remplacer l'arbitre, sauf contre lui l'action en dommages-intérêts. La difficulté peut consister à déterminer l'hypothèse dans laquelle on doit se placer, lorsque l'arbitre refusant ne s'est expliqué ni dans la sentence, ni dans le procès-verbal.

M. Carré veut que dans le doute on assigne l'arbitre devant le tribunal pour qu'il s'explique, pour être ul-

térieurement agi suivant ses réponses. Cette procédure est approuvée par M. Chauveau, invoquant comme conforme l'opinion de MM. Mongalvy et de Vatismenil[1].

Ces honorables jurisconsultes reconnaissent eux-mêmes que l'arbitre refusant ne peut être contraint de donner ses motifs. Mais alors à quoi bon l'appeler en justice, alors qu'il est facile d'arriver plus promptement et à moins de frais au résultat qu'on veut atteindre.

Ce moyen, plus rapide et moins coûteux, nous le trouvons dans une sommation que la partie ferait extrajudiciairement à l'arbitre d'avoir à expliquer son refus. La réponse à cet acte fixerait la marche à suivre. Le défaut de réponse impliquant le déport, on pourrait provoquer le remplacement de l'arbitre et sa condamnation à des dommages-intérêts.

Telle est la marche que nous conseillerions en pareille matière, comme dans toutes celles où les arbitres auraient à s'expliquer sur un incident naissant exclusivement de leur fait personnel.

En résumé, on ne doit pas confondre le refus de délibérer avec celui de signer. Le premier met le tribunal dans l'impossibilité de juger, et exige la nomination d'un nouvel arbitre; le second n'amène ce résultat que lorsqu'il est produit par un déport, et non par l'effet d'un dissentiment. Il ne produit aucun effet lorsque la sentence est signée par la majorité des juges.

[1] Sur l'art. 1016, quest. 3329.

Tout ce qu'exige la loi dans ce dernier cas, c'est qu'il soit fait mention du refus de la minorité. Cette mention est prescrite à peine de nullité.

621. Il résulte de ce qui précède que le jugement arbitral doit être délibéré par tous les arbitres et arrêté en commun ; qu'il doit être signé par tous ceux qui l'ont rendu, ou tout au moins par la majorité, obligée dans ce cas de mentionner le refus de la minorité.. Quelles sont les autres formalités obligatoirement imposées aux arbitres ?

L'art. 141 C. procéd. civ. règle les énonciations que doivent renfermer les jugements rendus par les tribunaux ordinaires. Ce sont d'abord les qualités du jugement, comprenant les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions et l'exposition sommaire des points de fait et de droit ; c'est ensuite le dispositif, précédé des motifs. Le jugement arbitral devra incontestablement, sauf les modifications inséparables de la nature des choses, se conformer à ces prescriptions.

La sentence arbitrale devant contenir le compromis ou l'acte de nomination des arbitres, les noms, professions et demeures des parties se trouveront dans l'un ou dans l'autre, et conséquemment dans la sentence, dont ils deviennent une partie intégrante.

622. Les arbitres devront-ils constater les conclusions des parties ? On ne pourrait guère décider la négative sans s'exposer, surtout en arbitrage volontaire, à priver les parties d'un moyen de nullité que la loi leur réserve formellement. Au nombre de ceux cotés

dans l'article 1028, nous trouvons le fait par les arbitres d'avoir prononcé sur choses non demandées. Or, comment les tribunaux ordinaires appelés à se prononcer à cet égard pourront-ils admettre ou repousser ce moyen, si la sentence est absolument muette sur les conclusions respectives des parties? En l'absence de ces conclusions, on arrivera bientôt à dire que rien n'étant régulièrement demandé, la sentence tout entière n'est qu'une *ultrà petita*.

A ce point de vue, l'affirmative paraissait devoir résoudre notre question. Mais comment faire aux arbitres une obligation, à peine de nullité, de l'observation de l'art. 141 à l'endroit des conclusions? Son exécution, laissée aux avoués devant les tribunaux, permet de l'exiger ainsi; mais bien des fois en arbitrage, parties et juges ne connaîtront cette disposition qu'en force de la maxime que nul n'est censé ignorer la loi.

Il pourrait donc arriver que la sentence à intervenir fût d'avance condamnée à demeurer nulle et sans effet. Ce résultat méconnaissait ce que commande la nature de la juridiction arbitrale, et tendait à en enlever le bénéfice, souvent sans raison. Mue par ces considérations, la jurisprudence n'a pas hésité. Elle a considéré le vœu de la loi comme suffisamment rempli toutes les fois que, de quelque façon que ce soit, on peut constater que les arbitres n'ont pas jugé sur choses non demandées.

On a donc jugé que la sentence était régulière si, sans contenir les conclusions des parties, elle mentionne

qu'elles ont été annexées à la minute et déposées avec elle [1];

Que la condition de relater les conclusions dans le jugement était remplie lorsque les arbitres avaient exposé les prétentions respectives des parties [2].

M. de Vatismenil approuve hautement cette jurisprudence, et en conséquence il enseigne qu'on devrait juger de même si, le jugement gardant le silence, un procès-verbal régulièrement tenu constate les qualités des parties et leurs conclusions. Ce procès-verbal remplit sous ce rapport les règles prescrites par l'art. 141 C. procéd. civ. La sentence avec laquelle ce procès-verbal est déposé, et qui ne contient ni les noms et qualités des parties, ni leurs conclusions, n'en doit pas moins être déclarée valable [3].

Enfin la Cour de Colmar a décidé qu'il suffit pour la régularité d'une sentence d'arbitres forcés qu'elle soit motivée, sans que l'absence des conclusions puisse être considérée comme une cause de nullité, alors surtout que les faits y sont suffisamment exposés [4]. Le motif que la Cour invoque, c'est que l'art. 61 C. com. exige seulement que la sentence soit motivée, ce qui semble la dispenser de toute autre formalité.

Cette conséquence pourrait très-bien être contestée. Mais sans entrer dans l'examen de son plus ou moins de justesse, nous nous rangeons à l'opinion de l'arrêt

[1] Cass., 29 mars 1832.
[2] Colmar, 8 janvier 1839.
[3] *Encyclopédie du droit*, v° *Arbitre*, n. 253.
[4] 4 avril 1841. J. D. P., 2, 1841, p. 408.

avec d'autant moins d'hésitation, qu'il nous paraît dicté par la solution que la question a reçue en arbitrage volontaire. Nous venons de le voir, il n'y a nulle irrégularité toutes les fois qu'il est possible de constater que les arbitres n'ont pas jugé sur choses non demandées. Or, cette constatation est facile en arbitrage forcé. Là, tout ce qui, de près ou de loin, tient à la liquidation de la société devient nécessairement la matière de l'arbitrage. Les arbitres n'auraient donc pu prononcer sur choses non demandées, et les conclusions ne deviendraient utiles à consulter que si la sentence renfermait des chefs complétement étrangers à cette liquidation. De toute certitude, s'il n'en existe aucun de ce genre, ce qui sera facilement constaté, les arbitres auront prononcé sur choses demandées.

L'obligation de mentionner les conclusions des parties rentrant dans les formalités ordinaires de la procédure, les parties peuvent en dispenser les arbitres soit expressément, soit tacitement. On ne saurait donc exciper de son inexécution, lorsque le compromis autorisait les arbitres à juger sans s'astreindre aux formes de la procédure [1]. La qualité d'amiables compositeurs renfermant implicitement cette autorisation, l'omission que la sentence rendue par les arbitres institués tels ferait ne saurait devenir contre elle un moyen d'attaque.

623. Le jugement arbitral doit être motivé. A la prescription générale de l'art. 141 C. procéd. civ. se

[1] Bordeaux, 22 mai 1832.

joint la disposition spéciale de l'art. 61 C. de com. La certitude de l'obligation ne pourrait devenir la matière d'un doute quelconque. Mais, de même que pour ce qui concerne le rappel des conclusions, la jurisprudence s'est montrée large à l'endroit de l'exécution de la loi sur les motifs.

En conséquence, il a été jugé qu'une sentence arbitrale rendue sur des comptes pourra paraître suffisamment motivée si elle contient le détail des articles de recettes et de dépenses dont les arbitres ont formé un résultat[1];

Qu'une sentence arbitrale qui rejette une demande basée sur un compulsoire est suffisamment motivée lorsque, sans désigner le compulsoire, elle en réfute tous les prétendus résultats[2].

En d'autres termes, l'arbitrage est incompatible avec cette sévérité dans les formes qu'il est utile de suivre devant la juridiction ordinaire. Il veut que tout soit interprété de bonne foi et dans le sens de la validité de la sentence. Le choix des parties est ordinairement dirigé par la notoriété de la connaissance pratique de ce qui fait la matière du litige, et le plus souvent les hommes de la spécialité sont de très-mauvais praticiens et de médiocres rédacteurs. A combien de nullités ne s'exposerait-on pas si on les plaçait relativement à la procédure sur la même ligne que les tribunaux.

Un pareil résultat était bien fait pour éveiller la sollicitude du législateur et pour lui inspirer la pensée si

[1] Colmar, 8 janvier 1820.
[2] Cass., 13 janvier 1836.

heureusement saisie et si à propos développée par la jurisprudence dans les divers exemples que nous venons de lui emprunter.

Il en est des motifs comme des conclusions. Les parties peuvent dispenser les arbitres de l'obligation d'en donner aucun. L'affirmative avait été consacrée par la Cour de Paris, le 18 avril 1809, sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792. Nos Codes actuels ne contiennent aucune disposition dont on puisse induire le contraire.

Ainsi que nous le disions tout à l'heure, cette dispense n'a pas besoin d'être expresse. Elle résulterait de l'autorisation de juger sans se conformer aux règles ordinaires, et en conséquence de ce que les arbitres auraient reçu la qualité d'amiables compositeurs.

624. Le jugement arbitral doit avoir un dispositif. C'est là, on en conviendra, la chose essentielle, car l'arbitrage n'a pas d'autre but que d'obtenir le règlement du litige, qui ne peut se trouver ailleurs que dans le dispositif de la sentence.

Eh bien! l'indulgence que nous signalions tout à l'heure sur l'application à l'arbitrage des autres conditions exigées par l'art. 141 C. de procéd. civ. a été également adoptée à l'endroit du dispositif. Fallait-il bien, puisque l'arbitrage était forcé dans certaines circonstances, toléré dans d'autres, accepter les arbitres tels qu'ils sont, sans trop se préoccuper de ce qu'ils devraient être.

On a donc admis que des arbitres nommés pour statuer sur un compte peuvent, au lieu d'établir le

compte eux-mêmes, s'en référer à celui qui a été fixé dans un jugement rendu antérieurement entre les mêmes parties, et se borner à en ordonner l'exécution[1];

Qu'il y a un dispositif suffisant dans l'acte par lequel les arbitres, arrêtant le reliquat du compte social à une certaine somme, terminent par ces mots : *fait, jugé* et terminé en présence des parties[2];

Enfin, que lorsque le tiers arbitre a déclaré adopter l'opinion contraire au défendeur et adjuger les conclusions du demandeur, la sentence ainsi rendue ne peut être attaquée de nullité comme dépourvue de dispositions portant condamnation[3].

625. Le Code de procédure civile n'ordonne nulle part la date pour les jugements ordinaires. Cependant l'exécution de cette formalité est conseillée par les auteurs et la jurisprudence. Il faut néanmoins le reconnaître, l'absence de toute disposition législative ne permet pas d'assigner à cette formalité un caractère essentiel, et de faire dépendre la validité du jugement de son accomplissement. D'ailleurs, l'utilité de la date dans les décisions des tribunaux ordinaires n'est pas telle que son omission pût jamais justifier un pareil résultat.

Il n'en est pas de même des sentences arbitrales, quoiqu'en ce qui les concerne la loi ne soit pas plus explicite que pour les jugements des tribunaux. L'ab-

[1] Bourges, 4 août 1831.
[2] Colmar, 24 juillet 1810.
[3] Bordeaux, 30 décembre 1841. J. D. P., 1, 1842, p. 385.

sence de la date peut quelquefois en déterminer l'invalidité.

N'oublions pas, en effet, que les arbitres sont obligés de prononcer dans un délai conventionnel, judiciaire ou légal. Or, comment prouver que cette condition a été remplie lorsque, le dépôt et l'enregistrement étant postérieurs à l'expiration du délai, la sentence n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue? L'impossibilité d'apprécier si le vœu de la loi a été ou non rempli ne permettrait pas de se prononcer pour l'affirmative.

626. Le motif rendant la date indispensable pour la sentence arbitrale devait nécessairement influer sur le mode d'appréciation des conséquences de son omission. Celle-ci devait rester sans effets possibles, si, malgré son existence, il devenait facile d'établir que la sentence avait été rendue utilement.

Mais cette certitude ne pourrait être établie par témoins; elle devrait résulter de faits dès lors certains, et ne permettant pas de supposer le contraire.

Or, l'enregistrement de la sentence, son dépôt au greffe avant l'expiration du délai, auraient évidemment ce caractère. En donnant à la sentence la date de l'un ou de l'autre, elle aurait été régulièrement et utilement rendue. Pourquoi donc en prononcerait-on la nullité? Celle-ci n'aurait plus aucun motif, elle ne saurait dès lors être justifiée.

Il devrait en être de même si l'un des arbitres signataires de la sentence était mort depuis, et que son décès remontât à une époque antérieure à l'expiration du délai, ou bien si, s'agissant de fixer la date du procès-

verbal de partage, il est établi que le tiers arbitre a lui-même rendu sa sentence dans le délai accordé aux arbitres[1]. Des faits de cette nature n'établissent pas seulement des simples présomptions, ils constituent la preuve matérielle et irrécusable que tout a été légalement accompli. La date n'était donc plus qu'une justification surabondante, dont l'absence ne saurait influer sur l'opération des arbitres.

Que si, au contraire, l'enregistrement, le dépôt, la délivrance de l'ordonnance d'exécution sont postérieurs à l'expiration du délai imparti aux arbitres, la nullité de la sentence sera la conséquence du défaut de date. Elle sera censée avoir été rendue hors du délai, par cela seul que le contraire ne sera pas justifié.

627. *Quid* si la sentence enregistrée ou déposée après l'expiration du délai porte une date se rapportant à une époque antérieure à cette expiration ?

Sa régularité et sa validité ne pourront être contestées. L'époque de l'enregistrement et du dépôt importe peu. Tout ce que la loi exige, c'est que les arbitres prononcent dans le délai qui leur est fixé. Or, à cet égard, les arbitres sont seuls compétents pour établir qu'ils ont satisfait à la loi.

Il est certain qu'en procédant à la mission qui leur est confiée, les arbitres agissent en qualité de juges. Leur caractère public ne saurait être méconnu, car si, dans l'origine, ils sont choisis par les parties, ils sont, en définitive, reconnus par la loi, les tolérant ou

[1] Cass., 21 janvier 1840. J. D. P., 1, 1840, p. 551.

les rendant obligatoires, selon la nature du litige.

Les arbitres régulièrement institués sont donc de véritables juges; dès lors, ils sont, à l'endroit de leur jugement, placé sur la même ligne que le tribunal qui, à leur défaut, eût été appelé à le rendre.

De là cette autre conséquence que toutes les fois qu'il s'agit du fait ou d'un acte personnel aux arbitres, la mention qui en est faite dans le jugement équivaut à sa constatation et en fournit la preuve jusqu'à inscription de faux.

Il est évident que la loi a entendu qu'il en fût ainsi, puisqu'elle n'a pas exigé pour la date d'autre preuve que celle résultant du jugement lui-même. Cependant le contrôle était bien facile; tout se bornait à prescrire le dépôt ou l'enregistrement de la sentence pendant la durée et avant l'expiration du compromis. Or, cette prescription, la loi ne la renferme pas.

Donc elle a considéré la déclaration de la sentence comme liant les parties. Celle-ci fait foi de la date au même titre que le ferait un jugement ordinaire. La sincérité ne peut donc en être contestée qu'au moyen de l'inscription de faux. C'est ce que la doctrine et la jurisprudence avaient déjà admis sous l'empire de la loi du 24 août 1790; c'est ce qu'elles ont continué d'enseigner et de consacrer depuis la promulgation de nos Codes[1].

La date consignée dans la sentence fait foi contre les arbitres eux-mêmes. Du jour indiqué, ils ont perdu

[1] Voir *Rép.* du J. D. P., v° *Arbit.*, n. 576 et suiv.

leur qualité et leurs pouvoirs ; non-seulement ils doivent s'abstenir désormais, mais encore tout ce qu'ils tenteraient de faire resterait frappé d'impuissance et de nullité. Tel serait le sort notamment de l'acte, qualifié de sentence, par lequel ils déclareraient que la date par eux opposée à leur jugement n'était pas véritable [1].

628. Nous venons d'établir les formalités auxquelles les arbitres doivent se conformer dans la rédaction de leur jugement. Nous avons déterminé leur nature et indiqué les conséquences de leur inexécution. Leur accomplissement assure la régularité et la validité de la sentence, mais ne la rend pas encore exécutoire. Ce dernier caractère ne peut émaner que des tribunaux ordinaires, par le ministère de leur président, que la loi délègue à cet effet.

Le premier acte de la procédure à suivre pour obtenir l'ordonnance d'exécution est le dépôt de la sentence au greffe du tribunal dont le président est appelé à la rendre. Ce tribunal est le tribunal civil dans l'arbitrage amiable, le tribunal de commerce dans l'arbitrage forcé.

C'est uniquement pour l'indiquer ainsi que l'article 61 exige le dépôt au greffe du tribunal de commerce. Cette prescription, dérogeant à celle de l'article 1020 Cod. procéd. civ., devait être expressément édictée. Le silence que notre article garde sur les autres conditions exigées par cet article 1020 prouve que le législateur s'est, quant à ce, référé à sa disposition,

[1] Cass., 1er nivôse an IX.

qui n'a d'ailleurs rien d'inconciliable avec la matière commerciale.

629. Ainsi le dépôt au greffe de la sentence arbitrale doit être fait par un des arbitres dans les trois jours de la prononciation. L'article 1020 ajoute que les poursuites pour les frais de dépôt et les droits d'enregistrement ne pourront être faites que contre les parties. Cette prescription était une garantie de l'exécution de l'obligation imposée aux arbitres. Si le dépôt de la sentence pouvait jamais devenir pour eux une cause de responsabilité pour le payement des frais, ils n'auraient réalisé ce dépôt qu'après avoir obtenu la consignation des frais, ce qui pouvait entraîner un temps considérable.

Dégagés de toute crainte à cet endroit, rien ne fera obstacle à ce qu'ils déposent la sentence dans les trois jours. Quelle serait pour les parties la conséquence du dépôt opéré plus ou moins longtemps après l'expiration de ce délai?

Rien n'indique que le législateur ait voulu ou pu vouloir prescrire cette formalité à peine de nullité. Le contraire, universellement admis en doctrine et en jurisprudence, résultait de la nature des choses et du but que s'est proposé le dépôt de la sentence.

La régularité et la validité de la sentence sont complétement indépendantes du dépôt qui doit en être fait. Il suffit que les arbitres se soient conformés aux obligations qui leur sont imposées, notamment à celle de juger avant l'expiration du délai qui leur a été accordé. Cela acquis, aucun acte ultérieur ne saurait porter la

moindre atteinte à la valeur de la sentence, qui est définitivement acquise contre la partie ou en sa faveur.

Seulement, et quelque parfaite qu'elle soit, elle ne peut encore être exécutée; elle ne deviendra exécutoire que par l'ordonnance que le président du tribunal doit rendre, et à l'effet de laquelle le dépôt doit être effectué. L'article 1020 est formel à cet égard.

Donc le dépôt n'ajoute ni n'enlève rien à la sentence. Comment, dès lors, son exécution serait-elle un moyen de nullité, si elle ne se réalisait pas dans un délai déterminé? Cette peine serait d'autant plus irrationnelle qu'on rendrait les parties responsables d'une négligence qu'elles n'ont aucun moyen de prévoir et de prévenir.

Tant que la sentence n'est pas déposée, elle ne pourrait recevoir aucune exécution. L'original peut s'adirer ou se perdre; voilà les seules conséquences de la violation de l'article 1020. A quelque époque que s'opère le dépôt, les parties en retireront le bénéfice et les effets, pourvu que la sentence ait une date utile, et nous avons vu qu'elle faisait foi, jusqu'à inscription de faux, de celle qu'elle contient [1].

Le but du législateur, exigeant le dépôt des sentences arbitrales, n'a pas été seulement de les mettre à même d'obtenir l'ordonnance d'exécution. Les arbitres remplaçant les juges, leur sentence est destinée à lier les parties dans l'avenir comme dans le présent. Il fal-

[1] V. nombreuses autorités citées par le *Rép.* du J. D. P., v° *Arbit.*, p. 875.

lait donc qu'elle pût être représentée toutes les fois que le besoin s'en faisait sentir.

Il fallait pour cela que la minute vînt se placer dans un dépôt public, sous la garde d'un officier compétent, pour en délivrer expédition. Ce résultat, on l'obtient par le dépôt au greffe du tribunal.

En arbitrage forcé, la loi ne se contente pas même de ce dépôt; elle veut que, par les soins du président, la sentence soit transcrite sur les registres. L'ordonnance d'exécution doit, en conséquence, prescrire cette formalité, qu'on n'exige pas dans l'arbitrage volontaire.

630. Les termes des articles 1020 et 1021 du Code de procédure civile ont paru conférer au président chargé de rendre exécutoires les sentences d'arbitres amiables le droit de refuser l'ordonnance si ces sentences renfermaient des dispositions contraires aux lois, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou à l'intérêt des personnes spécialement mises sous la protection de la justice. Cette opinion, qui est celle de M. de Vatismenil, est combattue par M. Pardessus. Le président, dit ce dernier, ne peut refuser l'ordonnance, ni sur le fondement d'une opposition de l'une des parties, ni sous prétexte de mal jugé [1].

M. Pardessus a raison. Réduite à ces deux hypothèses, son opinion ne rencontrera aucun contradicteur. La loi autorise bien l'opposition à l'ordonnance, mais seulement après qu'elle a été rendue, et dans les

[1] N. 1403.

cas expressément indiqués par elle. Mais la faculté de s'opposer à ce que le président rende l'ordonnance ne trouve dans la loi aucun fondement; elle est même inconciliable avec la nature de l'acte même. On ne saurait donc ni l'accueillir ni s'y arrêter. [1]

D'autre part, le mal jugé est une cause de réformation. Dès lors, sa recherche est exclusivement laissée au degré de juridiction auquel l'appel doit être déféré. Or, le président ne peut pas être ce degré de juridiction, et dès lors, comment et pourquoi s'occuperait-il de savoir s'il a été bien ou mal jugé?

D'ailleurs, cette recherche exigerait que les parties fussent entendues, tout au moins que les documents du procès fussent examinés. En d'autres termes, il faudrait une instruction que la loi n'a pas ordonnée, que le président n'a aucune qualité pour prescrire.

Mais faut-il conclure de là qu'il ne pourra jamais refuser l'ordonnance d'exécution? qu'ainsi il sera tenu de rendre exécutoire une sentence intervenue sur une matière d'ordre public, sur laquelle la loi défendait de compromettre, par exemple, sur une séparation de corps ou sur la nullité du mariage? Poser cette question, c'est la résoudre, car c'est, en d'autres termes, se demander si le président peut s'associer à la violation de la loi et faire sortir à effet ce qui est sévèrement prohibé par elle.

Or, cette question, la Cour de cassation l'a résolue

[1] Nous avons déjà dit qu'en arbitrage forcé il n'y a pas même d'opposition à l'ordonnance, et que les faits cotés par l'art. 1028 ne sont plus que de griefs d'appel. L'opinion de M. Pardessus se recommande dans cette hypothèse par une incontestable supériorité de raisons.

sous l'empire de la loi du 24 août 1790. Deux époux avaient compromis sur la nullité de leur mariage, et la sentence intervenue avait été homologuée par le président.

Mais cette homologation fut d'office déférée à la Cour de cassation. Le réquisitoire voyait dans l'ordonnance du président *un excès monstrueux de pouvoir*

Faisant droit à ce réquisitoire, la Cour suprême annule l'ordonnance. Elle pose d'abord en principe que le litige ne pouvait devenir l'objet d'un compromis; elle ajoute : « qu'ainsi le prétendu jugement arbitral, qui annule l'acte civil du mariage passé entre les parties y dénommées, est subversif de tout principe, de tout ordre, incompétent, attentatoire, *et que l'ordonnance d'exequatur mise au bas renferme l'excès de pouvoir le plus caractérisé*[1]. »

Les règles concernant l'ordre public et les bonnes mœurs sont aujourd'hui ce qu'elles étaient sous la loi de 1790. Les principes en matière de compromis n'ont pas changé. Dès lors, le rôle du président chargé de rendre l'ordonnance d'*exequatur* est tout tracé. Si la sentence est intervenue sur une matière sur laquelle on ne pouvait compromettre, si elle est contraire à la loi, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, il a non-seulement le droit, mais encore le devoir de refuser l'ordonnance.

Un pareil danger n'est pas à craindre dans l'arbitrage forcé. En principe, les conséquences de la dis-

[1] Cass., 6 pluviôse an XI.

solution ne pouvant être appréciées que par les arbitres, la sentence ne pourrait encourir le reproche d'illégalité que relativement à certains détails dont les parties pourront solliciter et obtenir la rétractation par les voies de droit.

Aussi refusons-nous au président du tribunal de commerce le droit que nous venons de reconnaître au président du tribunal civil. Cette différence nous paraît commandée par les termes mêmes de l'article 61, déclarant que la sentence des arbitres forcés est rendue exécutoire sans modification.

Indépendamment de ces expressions, qui ne se rencontrentpas dans l'art. 1020, nous signalons cette autre différence. L'ordonnance, dit celui-ci, sera rendue par le président du tribunal civil; le président du tribunal, dit l'art. 61 C. com., sera *tenu* de rendre l'ordonnance pure et simple. Il s'agit donc ici d'une véritable obligation, qui ne peut dès lors, en aucun cas, se convertir en simple faculté, ce qui exclut de plein droit la possibilité du refus.

L'art. 61 veut que l'ordonnance d'exécution soit rendue dans les trois jours du dépôt. Nous dirons de ce délai ce que nous disions tout à l'heure de celui dans lequel le dépôt doit être effectué; il est purement comminatoire, et son inexécution ne peut produire qu'un résultat unique, à savoir retarder le moment où la sentence aura acquis la force exécutoire.

631. La loi ayant nommément investi le président du tribunal du droit de rendre l'ordonnance d'*exequatur*, on en a déduit les conséquences suivantes :

1° Si l'ordonnance est signée par un juge, il ne suffit pas de mentionner que ce juge remplit les fonctions de président, il faut en outre indiquer que c'est en l'absence ou en empêchement du titulaire et des juges plus anciens. Le défaut de ces énonciations est une cause de nullité absolue, pouvant être proposée en tout état de cause [1];

2° Si le président a refusé de rendre l'ordonnance, et si sa décision, légalement attaquée, a été réformée, la Cour ne pourrait confier à son président le soin de rendre l'ordonnance d'exécution. Elle doit renvoyer au tribunal, au greffe duquel la sentence a été déposée. Seulement, comme le président s'est déjà expliqué, elle doit déléguer un président de chambre si le tribunal en a plusieurs, et en cas contraire, le juge le plus ancien suivant l'ordre du tableau.

La compétence de la Cour pour connaître du refus que le président du tribunal ferait de l'ordonnance d'exécution a été universellement admise. Ce refus est assimilé à une ordonnance sur référé; il doit donc être attaqué par la voie que comporte celle-ci, c'est-à-dire par la voie de l'appel. Mais cette compétence se réduit au droit de confirmer ou de réformer la décision du président. Dans ce dernier cas, ainsi que nous venons de le dire, la faculté de rendre la sentence exécutoire ne cesse pas d'être l'apanage exclusif du premier ressort devant lequel la Cour doit renvoyer.

632. Il en est des sentences arbitrales comme de tous

[1] Poitiers, 9 mars 1830.

les autres jugements. Elles n'acquièrent ce caractère que par l'adhésion de la majorité. Mais cette majorité est difficile à obtenir; d'abord, parce que les arbitres ne sont ordinairement qu'au nombre de deux, ensuite, parce que le plus souvent chacun d'eux se préoccupe trop de l'intérêt particulier de ceux qui l'ont élu.

Quoi qu'il en soit, le discord des arbitres sur les questions du procès amène forcément le partage d'opinion, et par suite, la nécessité de remettre à un tiers le soin de prononcer définitivement.

En prévision de ce partage, et pour en éviter les effets, les parties peuvent, dès l'origine, porter à trois le nombre des arbitres. Ce remède, il faut l'avouer, est héroïque. Il exclut absolument toute possibilité du mal qu'il a pour objet d'empêcher.

633. La difficulté de s'entendre sur la nomination du tiers fait bien souvent ajourner son élection. Mais à quelque époque que cette élection doive se réaliser, le droit d'en régler le mode ne saurait être contesté aux parties.

Elles peuvent donc se réserver le choix, le déférer aux arbitres, le déléguer à telles personnes qu'il leur plaira choisir : comme cette délégation n'est que la transmission d'un droit personnel, aucune considération ne saurait en entraver ou en gêner le libre exercice, pas même celles tirées des règles que la loi a admises d'office. Ainsi les parties pourront, en arbitrage amiable, confier le choix du tiers arbitre au président du tribunal de commerce, et réciproquement, en arbitrage forcé, au président du tribunal civil, la

volonté contraire de la loi ne devant être exécutée que faute par les parties de s'en être expliquées.

A cet égard, il importe même de distinguer l'arbitrage forcé de l'arbitrage volontaire. Ce qui n'est qu'une simple faculté dans le premier devient une obligation impérieuse dans le dernier. Le silence que le compromis garderait sur l'élection du tiers amènerait la ruine du compromis et l'extinction de l'arbitrage. Les parties seraient censées, dans ce cas, avoir entendu s'en remettre exclusivement à la décision des arbitres. Le partage, rendant cette décision impossible, remettrait les parties au même état qu'avant le compromis. C'est ce que l'article 1012 C. procéd. civ. consacre de la manière la plus expresse.

Il ne pouvait en être de même en arbitrage forcé, par cela seul que l'élection du tiers est l'unique moyen de résoudre les difficultés sociales. Fallait-il bien arriver à une solution définitive, et comment atteindre à ce but, à moins d'autoriser la nomination du tiers dans le cas où les parties auraient négligé ou refusé de s'en expliquer?

De là la disposition de l'article 60 du Code de commerce, aux termes duquel, en cas de partage, les arbitres nomment un sur-arbitre [1], s'il n'est nommé par le compromis; si les arbitres sont discordants sur le choix, le sur-arbitre est nommé par le tribunal de commerce.

[1] Il nous paraît utile de consigner ici l'opinion suivante. L'expression *tiers* arbitre désigne celui qui est appelé à vider le partage, soit en arbitrage volontaire, soit en arbitrage forcé. Celle de *sur*-arbitre est spéciale à ce dernier et n'est pas reçue en arbitrage volontaire.

Ainsi, en arbitrage forcé, le choix du tiers appartient d'abord aux parties, pouvant y procéder directement ou par délégation. A défaut de clause de cette nature, le choix appartient aux arbitres. Enfin il est, en dernier lieu, confié au tribunal de commerce, en cas de discord entre les arbitres.

634. Ce discord existe par cela seul que les arbitres ne peuvent s'entendre sur le choix. Tout autre mode adopté pour sortir d'embarras serait illégal, notamment si les arbitres s'en étaient référés au sort.

C'est ce que la Cour d'Aix a jugé dans l'hypothèse d'un arbitrage volontaire, où les arbitres autorisés à choisir le tiers devaient procéder conformément à l'article 1017 C. procéd. civ. La sentence constatait que les arbitres, n'ayant pu s'entendre, avaient mis chacun le nom d'un candidat sur un morceau de papier, que ces deux billets avaient été ballottés dans un chapeau, et qu'on avait tiré au sort celui qui devait recevoir la qualité de tiers arbitre. La nullité de cette opération ayant été poursuivie fut prononcée par arrêt du 2 août 1824. La Cour déclare qu'en procédant ainsi les arbitres ne se sont pas conformés à la loi; que le tiers n'a été nommé ni par eux, ni par le président du tribunal civil; que, dès lors, ils se sont écartés de la volonté des parties et ont violé l'art. 1017 C. procéd. civ., ce qui entraîne la nullité de tout ce qui a été fait postérieurement.

L'article 60 du Code de commerce disposant pour la nomination du tiers à peu près dans les mêmes termes que l'article 1017, la doctrine de l'arrêt d'Aix de-

vrait sans hésitation être appliquée en matière d'arbitrage forcé.

635. La différence qu'on remarque entre ces deux dispositions, c'est que l'article 60 défère, en cas de discord entre les arbitres, la nomination du tiers au tribunal de commerce, tandis que, dans la même hypothèse, l'art. 1017 C. procéd. civ. laisse cette nomination au président du tribunal civil. Les textes sont tellement précis, que toute controverse paraissait impossible. Il n'en a rien été cependant, et M. Goubeau enseigne que, même dans l'hypothèse de l'article 60, la nomination du tiers appartient au président du tribunal. En effet, dit cet honorable jurisconsulte, quoique l'art. 60 C. comm. porte que, dans ce cas, le sur-arbitre sera nommé par le tribunal de commerce, le législateur n'a pas entendu par là que le tribunal en corps nommerait le sur-arbitre; il n'a pas voulu déroger à la disposition de l'article 1017, qui laisse ce pouvoir au président du tribunal; seulement, comme, d'après ce dernier article, les arbitres ne peuvent nommer ce tiers que lorsqu'ils y auront été autorisés par le compromis, c'est pourquoi dans l'art. 60 C. com., et vu la nature de l'arbitrage, il a changé la disposition et conféré expressément ce pouvoir aux arbitres [1].

Cette argumentation ne brille pas par un excès de clarté, et l'on ne voit pas comment et pourquoi la différence d'expression entre les art. 1017 C. procéd. civ. et 60 C. comm. s'expliquerait par le caractère dis-

[1] Tome II, p. 101 et 102.

stinct de l'arbitrage. Qu'importe, en effet, que dans l'un le compromis doive conférer aux arbitres la faculté de nommer le tiers et que dans l'autre elle soit accordée de plein droit? Nous ne nous occupons que de la nomination en cas de discord entre les arbitres, nomination que l'article 1017 confie au président du tribunal civil, tandis que l'article 60 la délègue au tribunal lui-même. Est-ce pour indiquer le président que le législateur nomme le tribunal? Nous ne pouvons l'admettre, avec d'autant plus de raison que l'art. 1017 prouve de quelle manière la loi s'est exprimée lorsqu'elle a voulu désigner le président.

M. Goubeau rappelle que, dans la discussion de l'article 60, la proposition de joindre à cet article les articles 1017 et 1018 C. procéd. civ. fut repoussée comme inutile, puisque le Code de commerce se réfère à toutes les dispositions du Code de procédure civile auxquelles il ne déroge pas. Notre opinion n'a rien de contraire à cette indication donnée par M. Locré. Si nous soutenons l'inapplicabilité de l'art. 1017 à notre question, c'est parce que l'article 60 l'a, quant à ce, expressément abrogé, et cette abrogation résulte de la différence de rédaction, rendant les deux dispositions inconciliables entre elles.

La loi établit donc deux modes de nomination du tiers arbitre : l'un spécial à l'arbitrage volontaire confié au président du tribunal civil, l'autre particulier à l'arbitrage forcé à exercer par le tribunal de commerce. Quel qu'ait été le mobile de cette distinction, il suffit qu'elle soit textuellement écrite dans la

loi pour qu'elle ne puisse être méconnue ou violée.

C'est par la nature du litige qu'on jugera du caractère de l'arbitrage, du droit des arbitres à nommer le tiers, et, en cas de discord, du mode à suivre pour cette nomination. Cette règle nous conduit à cette conclusion, qu'en matière de liquidation de société, comme en toute difficulté sociale, l'arbitrage étant forcé, l'article 60 C. comm. deviendrait seul applicable. Il importerait peu que les parties eussent conféré aux arbitres la qualité d'amiables compositeurs. Cette convention, nous l'avons dit plus haut, proroge la juridiction arbitrale, la dispense de l'observation des règles ordinaires de procédure, mais ne change pas le caractère de l'arbitrage. Celui-ci reste forcé, et, par conséquent, soumis tout d'abord aux dispositions du Code de commerce sur la matière. L'opinion contraire, enseignée par M. Goubeau, a été fort justement condamnée par la jurisprudence.

636. Le Code de commerce se borne à indiquer comment et par qui doit être nommé le tiers arbitre. Il ne s'occupe ni des circonstances qui en rendent la nomination indispensable, ni des conditions dont elle dépend. Dès lors, en vertu de la règle que nous indiquions tout à l'heure, il faudra, pour les unes et les autres, recourir à l'article 1017, dont les dispositions à ce sujet n'ont été ni explicitement ni implicitement abrogées.

Le contraire a été soutenu. Au silence gardé par la loi commerciale, il faut, a-t-on dit, ajouter la disposition de l'article 56 dispensant les parties de toutes for-

malités judiciaires. Il existe donc, entre l'arbitrage volontaire et l'arbitrage forcé, une différence telle qu'on ne pourrait, à l'endroit du partage d'opinions, les soumettre aux mêmes obligations, aux mêmes prescriptions. La conclusion qu'on tirait de ces prémisses, c'est qu'en arbitrage forcé le partage ne devait pas être légalement déclaré.

C'était là interpréter abusivement l'article 56. Sa disposition spéciale à la remise des pièces et à la défense des parties ne saurait recevoir aucune application, lorsqu'il s'agit de déterminer les obligations auxquelles les arbitres se trouvent soumis pour la régularité du jugement qu'ils sont appelés à rendre.

Or, la première et la plus indispensable, en cas de discord, est de constater le partage. Cette déclaration doit nécessairement laisser des traces après elle, car c'est par l'expression de l'opinion de chaque arbitre qu'on décidera s'il y a réellement partage, et, en conséquence, s'il y a lieu de nommer le surarbitre, ou de le faire intervenir s'il a déjà été nommé par les parties.

En effet, tout dissentiment n'est pas un partage tel que l'exige la loi. Ainsi un des arbitres, au lieu d'émettre une opinion, déclare rédiger une simple note et n'avoir pas encore fixé son opinion. Evidemment l'intervention ou la nomination du tiers ne serait ni légitime ni nécessaire, et la décision qu'il rendrait devrait, par suite, être infirmée comme irrégulière et nulle [1].

[1] Bourges, 21 novembre 1837. J. D. P., 2, 1840, p. 315.

La Cour de Toulouse a, de son côté, refusé d'accepter comme un partage régulier le fait des arbitres, lorsque l'un d'eux ayant constaté son avis dans les formes prévues, l'autre s'est borné à déclarer devant le tiers arbitre qu'il était d'avis que les parties prorogeassent l'arbitrage. En ce cas, dit l'arrêt, la sentence rendue par le tiers arbitre est nulle, encore que les arbitres et le tiers aient été autorisés à statuer comme amiables compositeurs, sans observer les formalités de la loi [1].

L'opportunité de l'intervention du tiers n'est pas moins intéressante dans l'arbitrage forcé que dans l'arbitrage volontaire. En conséquence, ce qui doit la constater dans celui-ci doit également se réaliser dans le premier, sous peine de laisser la décision à intervenir exposée à succomber sous les attaques de la partie.

Indépendamment de ce motif grave, notre opinion en a d'autres à invoquer non moins sérieux, non moins légitimes.

Ainsi les arbitres sont tenus, en cas de discord, de déclarer le partage avant l'expiration du délai de l'arbitrage. Or, comment juger que cette condition essentielle a été remplie, lorsque le tiers arbitre indiqué dans l'origine s'est borné à intervenir, ou lorsque, choisi par le tribunal, il l'a été à une époque où le délai était déjà expiré.

Enfin, nous le verrons tout à l'heure, il peut se faire que le tiers ait à choisir entre les deux opinions, et ne puisse se prononcer que pour l'une d'elles. Cette hy-

[1] 5 mars 1829.

pothèse se réalisant, le devoir du tiers arbitre est prescrit à peine de nullité. Comment cependant le remplira-t-il, comment fournira-t-il la preuve qu'il l'a rempli, si l'absence de l'opinion des arbitres ne permet pas de la rapprocher de celle du tiers, et d'en constater l'identité ? La nécessité de ce rapprochement, supposant forcément l'existence des opinions émises par les arbitres, détermine celle de les constater. Or, dans quelle forme devra se faire cette constatation, si ce n'est dans celle arrêtée et prévue par l'art. 1017 C. procéd. civ. ?

Sans doute il se réalisera ici ce qui se réalise toutes les fois que la matière commerciale se trouve en contact avec la législation ordinaire. L'art. 1017, dans son application à l'arbitrage forcé, subira des modifications par la nature de l'acte et la force des choses. Mais c'est là une des conséquences de cette règle juridique, qu'il importe de restreindre les nullités ne pouvant et ne devant profiter à personne. Telle est celle qui, en arbitrage forcé, se rattacherait à des opérations déjà faites, et dont l'effet unique consisterait dans la nécessité de recommencer. On a dû, dès lors, s'arrêter au fond plutôt qu'à la forme, et repousser la nullité lorsque les inconvénients qui l'ont fait édicter sont impossibles.

Nous comprenons que la jurisprudence se soit prononcée en ce sens, et que par application elle ait jugé que dans l'arbitrage forcé les arbitres ne sont pas tenus de rédiger par écrit, au cas de partage, un avis distinct et motivé ; qu'il suffit que leur opinion soit constatée

d'une manière authentique; qu'il ne soit pas douteux qu'elle ait été connue du tiers arbitre, et qu'il soit prouvé qu'une des opinions émises a été adoptée par lui dans son jugement [1];

Que le refus de l'un des deux arbitres de rédiger et de déposer son avis motivé, ainsi que l'a fait son collègue, ne peut empêcher le surarbitre de prononcer, quand il résulte d'ailleurs des pièces et circonstances de la cause, qu'il existait entre les deux premiers un discord véritable sur la question du procès d'où découlaient toutes les autres [2].

Le caractère juridique de ces décisions est incontestable. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que, loin de déroger à l'art. 1017, elles se conforment à ses dispositions. En effet, si elles repoussent la nullité des opérations, c'est qu'elles constatent que, sauf la forme, toutes les conditions exigées par cet article se rencontrent dans l'espèce. Ainsi, dans la première, la Cour relève que l'opinion des arbitres était authentiquement établie; qu'il n'est pas douteux qu'elle ait été connue du tiers; qu'il est prouvé que l'une de ces opinions a été adoptée par lui. Donc les formalités prescrites par l'article 1017 n'ayant pas d'autre but que de justifier ces divers points, leur absence ne causait aucun grief et ne pouvait motiver une nullité sans cause réelle.

La seconde est peut-être plus juste encore que la première. Le refus d'un arbitre de se conformer à la loi ne saurait être un motif pour enlever aux parties

[1] Agen, 10 juillet 1833.
[2] Cass., 10 février 1835.

le bénéfice des opérations légalement accomplies. Non-seulement il est juste de recourir dans ce cas aux faits et circonstances, mais on doit encore se montrer facile dans leur appréciation. La certitude du partage est la conséquence de la conduite irrationnelle de l'arbitre, qu'il importe de condamner à l'impuissance la plus absolue.

Mais, nous le répétons, ces arrêts ne repoussent pas l'application de l'article 1017. Tout ce qui en résulte, c'est que la forme qu'il exige n'est pas sacramentelle en arbitrage forcé; qu'elle peut être suppléée par la preuve résultant des documents du procès. C'est là une saine entente de la loi, une intelligente application de la règle que nous rappelions, à savoir que les nullités sans profits ne doivent pas être favorablement accueillies.

Donc, en arbitrage forcé, l'intervention du tiers ou sa nomination est régulière, si en fait il y a partage d'opinions entre les arbitres; si ce partage est constaté de manière à ce qu'il ne puisse exister aucun doute sur son existence, sur son caractère et sur la connaissance qu'en a eu le tiers, ce n'est qu'avec le partage que l'obligation de celui-ci ou plutôt son droit de juger s'ouvre. Jusque-là, eût-il été nommé par le compromis et en même temps que les arbitres, son intervention ne saurait être requise; les opérations auxquelles il aurait concouru seraient frappées de nullité.

637. L'article 1018 C. procéd. civ. règle les devoirs du tiers arbitre régulièrement institué. Le tiers, dit-il, sera tenu de juger dans le mois du jour de son accep-

tation, à moins que ce délai n'ait été prolongé par l'acte de nomination. Il ne pourra prononcer qu'après avoir conféré avec les arbitres divisés, qui seront sommés de se réunir à cet effet.

Si tous les arbitres ne se réunissent pas, le tiers arbitre prononcera seul, et néanmoins il sera tenu de se conformer à l'un des avis des autres arbitres.

L'applicabilité de ces dispositions à l'arbitrage forcé, leur interprétation, a fait surgir de graves et importantes questions que nous ne pouvons négliger. Commençons par celle de savoir si l'article 1018 régit ou non l'arbitrage forcé.

638. Ceux qui soutiennent l'affirmative absolue se fondent sur cette observation de M. Locré : le Code de commerce se réfère à toutes les dispositions du Code de procédure civile auxquelles il ne déroge pas. Or, rien, dans le Code de commerce ne statuant sur ce qui fait la matière de l'article 1018, c'est à celui-ci qu'il faut nécessairement recourir pour déterminer les obligations et les droits du surarbitre.

Nous acceptons ces prémisses et la conclusion, et cependant nous divisons l'art. 1018. Nous appliquons à l'arbitrage forcé ce qu'il prescrit pour la réunion et la conférence des arbitres, pour l'obligation pour le tiers de se prononcer pour l'un des deux avis. Nous repoussons ce qui se réfère au délai du jugement. Cette conclusion n'est nullement contradictoire avec notre opinion sur les effets du silence de la loi commerciale. Nous soutenons seulement que l'obligation de prononcer dans le mois est inconciliable avec la nature des choses

en arbitrage forcé; qu'en conséquence la disposition de l'art. 1018, quant à ce, se trouve forcément abrogée.

Notre opinion est ici ce qu'elle était naguère, lorsque nous recherchions si l'article 1007 était applicable à l'arbitrage forcé. Les mêmes raisons qui nous ont paru alors commander la négative nous paraissent devoir motiver ici la même solution [1].

Par cela seul que l'arbitrage est forcé, il est évident que la loi a nécessairement voulu d'un côté, proscrit de l'autre, tout ce qui serait de nature, soit à déterminer une solution, soit à l'empêcher ou la retarder. L'obligation de prononcer dans un délai donné nous paraît réunir à un très-haut point ce dernier caractère.

Il n'est pas en arbitrage volontaire de difficulté qui ne puisse être appréciée et jugée dans un mois. Il en sera à peu près de même en arbitrage forcé lorsque, s'agissant d'une contestation sociale, l'objet de la contestation sera parfaitement déterminé. Mais le contraire ne se réalisera-t-il pas le plus souvent dans la liquidation d'une société?

Plus cette société aura duré, et plus il y aura de livres à consulter, de documents à dépouiller. Et si cette considération fait exempter les arbitres de l'obligation de prononcer dans les trois mois, pourquoi ne serait-elle pas de nature à laisser le délai d'un mois sans application au tiers arbitre?

Dira-t-on que les choses ne sont plus les mêmes, que le tiers profitera des lumières des arbitres et des in-

[1] Voir Sup., n. 574.

structions qu'ils seront à même de lui fournir? Soit, cela peut être si les arbitres se réunissent et confèrent. Mais s'ils refusent l'un et l'autre, de quel secours sera pour le tiers la connaissance qu'ils ont pu puiser dans leurs opérations?

D'ailleurs, en appelant le tiers, la loi désire avoir son opinion personnelle. Tout en lui imposant d'opter pour une des deux opinions, elle entend qu'il se mettra à même de les apprécier sainement l'une et l'autre. Or, pour cette appréciation, il est indispensable qu'il se livre lui-même à des recherches personnelles pour lesquelles le délai d'un mois peut être évidemment insuffisant.

Dans ce cas, la loi n'aura abouti qu'à une nullité inévitable, résultat d'autant plus déplorable qu'il faudra recommencer, la dissolution de la société et ses conséquences ne pouvant être appréciées que par les arbitres. On aura donc inutilement perdu un temps précieux, sans compter celui qu'il faudra perdre encore, si le nouveau tiers arbitre n'est pas plus à même de prononcer dans le mois que ne l'a été son prédécesseur. La possibilité seule d'une pareille éventualité est, à notre avis, décisive; elle prouve que le législateur n'a pu directement ou indirectement vouloir de ce qui peut la déterminer.

Est-ce à dire par là que les parties seront obligées de subir le mauvais vouloir et la négligence d'un tiers arbitre laissant le litige se prolonger indéfiniment? Non, et par deux raisons: la première, c'est qu'en nommant le tiers, ces parties, et à défaut le tribunal de com-

merce, pourront toujours lui fixer un délai dont la durée pourra s'étayer sur celle des opérations des arbitres eux-mêmes; la seconde, c'est que, faute de fixation au moment de la nomination, les parties pourront à toutes les époques en provoquer une du tribunal de commerce. Ainsi s'opérera la conciliation des exigences de l'opération avec l'intérêt des parties, ce qu'un délai légal et uniforme ne saurait toujours offrir.

L'art. 1018 C. proc. civ. reste donc, quant au délai d'un mois donné au tiers arbitre, inapplicable en arbitrage forcé; aucun doute ne saurait s'élever relativement aux autres dispositions.

639. Ainsi, en arbitrage forcé comme en arbitrage volontaire, le tiers ne peut prononcer qu'après avoir conféré avec les arbitres, qui seront sommés de se réunir à cet effet. Avant de rechercher le caractère et les effets de cette conférence, examinons les conséquences qu'entraîne l'obligation qu'en fait le législateur.

Ce qu'il importe de remarquer tout d'abord, c'est que l'article 1018 ne fait pas dépendre la réunion de la condition que les arbitres auront conservé leur qualité; qu'il ne se préoccupe non plus aucunement de l'expiration du délai du compromis, qu'il n'en exige pas la prorogation; cependant il était facile de prévoir cette expiration, surtout en arbitrage volontaire, que l'art. 1018 régit. En effet, les arbitres, en cas de non-production des pièces, ne peuvent juger que dans la dernière quinzaine, et celle-ci sera évidemment absorbée par la déclaration de partage, la constatation légale,

la nomination du tiers et le commencement de ses opérations.

Ce que l'on a conclu du silence gardé par le législateur, c'est que par la déclaration de partage, les pouvoirs des arbitres se trouvent de plein droit prorogés. Cette conclusion se justifie fort bien en droit, le partage rendant inévitable l'intervention du tiers, et celle-ci exigeant, pour être efficace, la réunion de ce tiers avec les arbitres, il ne pouvait dépendre des parties de rendre la volonté de la loi impuissante en refusant de proroger le délai. Vainement dirait-on que les réunions et conférences exigées par l'art. 1018 n'impliquent pas nécessairement le maintien de la qualité de juges chez les arbitres. Ce serait là méconnaître la véritable pensée du législateur, autant que le sens grammatical et naturel de ses expressions. Conférer, dans l'acception que l'art. 1018 donne à ce mot, c'est raisonner ensemble d'une affaire, se rendre mutuellement compte des faits et circonstances, discuter les avis respectifs; comment pourrait-on l'exiger des arbitres s'ils avaient perdu leur qualité ?

640. La Cour de Paris avait consacré l'opinion contraire à celle que nous soutenons, en jugeant, le 22 mai 1826, que les pouvoirs des arbitres étaient épuisés par la déçlaration de partage et la nomination du tiers arbitre; que dès lors ils avaient été irrévocablement dépouillés de la qualité de juges. Mais sur le pourvoi dont il fut l'objet, son arrêt fut cassé, comme violant expressément l'art. 1018 C. proc. civ.

« Considérant, dit la Cour régulatrice, que, dans

l'espèce, les deux arbitres, après avoir prononcé à l'unanimité sur plusieurs points de la contestation, se sont trouvés partagés sur la quotité des dommages-intérêts, et ont nommé un tiers arbitre pour les partager; que les arbitres nommés par les parties conservent leur caractère jusqu'au jugement définitif, puisqu'aux termes de l'art. 1018, le tiers arbitre ne pouvait prononcer sans avoir conféré avec les arbitres divisés; que la juridiction de ces arbitres se trouvait donc prorogée [1].

La Cour n'hésite donc pas sur le sens réel de l'article 1018, et sur son fondement juridique. Ces arbitres sont juges, et leur pouvoir est épuisé par le jugement définitif. La déclaration de partage n'est pas ce jugement définitif. Elle se subordonne au concours d'un tiers, qui se trouve ainsi appelé à prendre part à la constitution du tribunal arbitral. Ne serait-il pas étrange qu'au moment où celui-ci acquiert la qualité de juge, les premiers arbitres en fussent privés, alors cependant qu'on les appelle à se réunir et à conférer!

Sans doute le refus que les arbitres feraient d'adhérer à la réunion, malgré la sommation qu'ils recevraient, rendrait impossible le but que s'est proposé le législateur. Mais cette éventualité, qu'il importait de prévoir et de régler, ne pouvait être considérée que comme une exception. De droit commun, il fallait admettre que tous les arbitres se feraient un devoir d'obéir à la loi, en conséquence de se réunir pour dé-

[1] Cass., 16 décembre 1828.

velopper et soutenir l'opinion à laquelle ils s'étaient arrêtés.

Enfin, la preuve que la déclaration de partage et la nomination du tiers prorogent les pouvoirs des arbitres divisés, c'est que la renonciation volontaire que l'un d'eux ferait de sa qualité aurait nécessairement sur la mission du tiers une influence telle qu'elle ne pourrait être utilement exercée qu'après son remplacement. C'est ce que la Cour de Paris décidait expressément, en jugeant, le 14 janvier 1808, que lorsqu'après un partage d'opinion entre des arbitres forcés, un tiers arbitre a été nommé, et que postérieurement un des arbitres s'est déporté et a été remplacé, la nomination du tiers arbitre se trouve prématurée et sans effets.

Loin donc de supposer que les arbitres ont perdu leur qualité, l'article 1018 consacre le contraire, parce qu'il entend que chaque arbitre puisse soutenir son opinion et discuter celle de l'autre. Pour qu'il y ait lieu à nomination du tiers arbitre, dit M. de Vatismenil, il ne suffit pas qu'il y ait deux avis distincts, il faut encore que les deux arbitres qui les ont émis existent; et s'il n'est pas indispensable qu'ils soutiennent leur avis devant ce tiers arbitre, il l'est au moins qu'ils puissent le faire [1].

641. L'art. 1018 n'admet qu'une seule exception à l'obligation pour le tiers de se réunir et de conférer avec les arbitres divisés, à savoir le refus que tous ou quelques-uns de ceux-ci opposeraient. Il est évident,

[1] V° ARBIT., n. 224, conf. Carré, *Lois de la proc.*, art. 3342.

d'une part, que la loi ne pouvait matériellement contraindre les arbitres à se réunir et à conférer; d'autre part, que dans cette éventualité il y avait à pourvoir aux conséquences de ce refus, et à empêcher qu'il pût devenir un obstacle invincible à toute solution. Dans cette hypothèse, l'article 1018 veut que les arbitres soient sommés de se réunir. A défaut par eux d'y consentir, le tiers arbitre juge seul.

Ainsi de deux choses l'une : ou les arbitres acceptent la réunion, et dans ce cas toute sommation devient inutile ; ou ils la refusent, et dans ce cas ils doivent être mis en demeure par une sommation.

Toutes les fois, donc, que le tiers arbitre a jugé seul, il faut qu'il établisse le refus préalable des arbitres. Cette preuve exige la production de l'acte de sommation, sans lequel ce refus ne serait pas légalement et suffisamment établi, alors même que le tiers aurait mentionné dans la sentence que les arbitres ont été vainement sommés ; rien ne saurait remplacer la sommation qui doit être faite, non pas à la requête du tiers arbitre, mais à celle de la partie la plus diligente. A cet effet, un comparant est adressé au tiers pour la fixation d'un jour pour la réunion ; ce comparant, dûment appointé, est signifié aux arbitres, avec sommation de se rendre à la réunion.

642. Comment prouvera-t-on la réunion spontanée de tous les arbitres et du tiers ? Aucun doute ne serait possible si le procès-verbal ou la sentence mentionnant le fait était revêtu de la signature de tous les arbitres. Il en serait de même si le procès-verbal men-

tionnant que la réunion s'est opérée en présence des parties était signé par elles.

Mais la réunion et la conférence pouvant rester sans résultat, le tiers arbitre juge seul et signe seul sa sentence. Dans cette hypothèse, il est évident que la seule preuve qu'on puisse rapporter, c'est la sentence elle-même et la mention qu'elle fera de l'exécution volontaire de la loi. La loi ne pouvait exiger, et n'a nulle part exigé que les énonciations de la sentence fussent appuyées sur des pièces justificatives. C'est dans ce sens que la jurisprudence n'a pas hésité à se prononcer.

En principe le tiers arbitre a, dès sa nomination, qualité pour constater les faits relatifs à l'exercice de sa mission, et pour leur imprimer un caractère légal de confiance [1]; les conséquences de ce principe étaient faciles à déduire. Elles établissaient notamment que la déclaration contenue dans la sentence, que le tiers arbitre avait conféré avec les arbitres divisés, faisait foi jusqu'à inscription de faux [2]; que la même foi était due au procès-verbal du tiers arbitre énonçant qu'il avait conféré avec les arbitres, quoique ceux-ci ne l'eussent pas signé [3].

643. L'article 1018 exigeant la réunion de tous les arbitres, il en résulte qu'il faut que cette réunion et la conférence qui en est la suite aient lieu entre eux et le tiers simultanément. M. Pardessus enseigne cependant

[1] Agen, 10 juillet 1833.
[2] Rennes, 28 avril 1817.
[3] Cass., 23 mai 1837. J. D. P., 1, 1837, p. 422.

l'opinion contraire, mais cette opinion a été formellement condamnée par la Cour de cassation. L'arrêt rendu le 4 avril 1838 consacre formellement la doctrine de la Cour de Paris, à savoir, qu'encore bien que le tiers arbitre eût conféré successivement avec les deux arbitres, le vœu de la loi n'avait point été rempli [1].

Cependant la loi n'ayant pas déterminé les conditions constitutives de la conférence, telle qu'elle l'entend, on doit ne pas mettre trop de sévérité dans leur appréciation, et dans le doute, admettre que le vœu de l'article 1018 a été régulièrement rempli.

Obéissant à cette pensée, la Cour de Paris jugeait, le 15 novembre 1814, que la déclaration que fait le tiers arbitre, qu'il a entendu les arbitres divisés, renfermait une mention suffisante qu'il a conféré avec eux simultanément.

Plus récemment encore, la Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens. Elle décide que si, les arbitres s'étant réunis, le tiers constate : 1° que les arbitres ont déclaré se référer à leur avis distinct et motivé, dont ils ont donné lecture ; et 2° qu'il a ainsi conféré avec eux, la sentence est régulière ; et que l'arrêt qui refuserait de voir là la conférence telle que l'exige la loi encourrait sa censure [2].

644. Quel est le caractère de la conférence prescrite par la loi ? La délibération qu'elle amène est-elle générale, absolue, indépendante de l'opinion déjà exprimée par les arbitres ? Ceux-ci peuvent-ils en chan-

[1] J. D. P., t. 1840, p. 321.
[2] Cass., 4 décembre 1839. J. D. P., 2, 1839, p. 538.

ger et en adopter une nouvelle, qui réunirait la pluralité des voix, quelle qu'elle fût d'ailleurs?

Ces questions ont soulevé une vive controverse. M. Chauveau constate que l'affirmative est enseignée par MM. Carré, Favard, Mongalvy, de Vatismenil, Bellot, Devilleneuve et Massé, Rodière. La négative est soutenue par MM. Locré et Boitard. C'est à l'opinion de ces derniers que se range M. Chauveau[1].

En droit, chacun reconnait que la loi ne renferme aucune solution expresse et positive ; mais cette solution n'est-elle pas implicitement dans les termes de l'article 1018 Code de proc. civ.?

A notre avis, elle résulte d'abord de la volonté clairement manifestée par la loi, d'imposer au tiers et aux arbitres l'obligation de se réunir et de conférer simultanément. Or, nous l'avons déjà dit, conférer dans l'acception de l'article 1018, c'est raisonner ensemble d'une affaire, se rendre mutuellement compte des faits et circonstances, discuter les avis respectifs. Ce qui prouve que telle a été l'intention de la loi, c'est qu'elle exige que la conférence ait lieu simultanément, c'est qu'elle ne l'admet que si *tous* les arbitres se réunissent.

En d'autres termes, la déclaration de partage amenant la nomination d'un tiers modifie la constitution du tribunal arbitral; il est composé de manière à permettre une majorité, et c'est cette majorité que la loi essaye d'obtenir, en décidant que le premier acte du tribunal nouveau sera une réunion générale de tous

[1] Sous l'art. 1018, quest. 3344.

ses membres, et une conférence pouvant les éclairer et les convaincre. Ne serait-il pas étrange que cette réunion et cette conférence n'eussent été imposées qu'avec l'obligation pour les arbitres de rester sourds à tous les arguments, de fermer les yeux à la lumière, et de persister dans une opinion qu'ils reconnaîtraient eux-mêmes n'être que l'expression de la plus évidente erreur? Ce serait là une absurdité que notre législateur n'a certainement pas consacrée.

Les arbitres ont donc le droit de revenir de leur opinion; ce droit, ils le puisent dans la raison et dans l'article 118 C. procéd. civ. Pourquoi, en effet, leur refuserait-on une faculté que celui-ci accorde aux juges ordinaires? Ne les remplacent-ils pas pour le litige sur lequel ils ont mission de prononcer? Or, la réunion et la conférence avec le tiers n'est que le moyen de vider le partage, puisqu'il n'était pas possible d'appliquer à ce cas les règles à suivre dans l'hypothèse de l'article 118.

Enfin, cela ne ressort-il pas des termes de l'art. 1018? Si les arbitres ne peuvent revenir de leur opinion, c'est le tiers arbitre qui sera forcément le seul juge. Or, la loi lui confère bien le droit de juger seul, mais à une condition, à savoir si tous les arbitres ne se réunissent pas. Donc si cette réunion se réalise, le tiers arbitre n'aura pas ce droit. Cette différence se comprend. Dans la première hypothèse, le tribunal n'est pas complet, la discussion ne serait que partielle; toute délibération nouvelle est impossible. Dans la seconde, au contraire, le tribunal entier délibère régulièrement.

L'obligation qui lui en est faite renferme en elle-même le droit d'arriver à une conclusion. On comprend, dès lors, pourquoi dans celle-ci la loi n'autorise pas le tiers à juger seul.

645. Pour échapper à ces considérations décisives, M. Chauveau va en contester l'existence. L'intention du législateur n'a pas été, dit-il, d'autoriser les arbitres à revenir de leur opinion. La preuve, c'est qu'en cas de discord, il les oblige de rédiger un procès-verbal distinct et motivé. A quoi bon ces procès-verbaux, s'ils ne lient pas les arbitres? A éclairer, dira-t-on, le tiers départiteur, en l'absence des arbitres? Mais si les arbitres défèrent à son invitation, s'ils entrent en conférence avec lui, ce qui n'est pas moins expressément prescrit, qu'est-ce que cette expression impuissante et muette d'une volonté que rien n'enchaîne?

L'objection n'est pas sérieuse. M. Chauveau raisonne sur une hypothèse, celle où les arbitres se réuniront; mais s'ils s'y refusent, évidemment les objections de M. Chauveau restent sans effet, et l'utilité des procès-verbaux est incontestable. Or, comment la loi pouvait-elle, *à priori*, savoir si les arbitres se réuniraient ou non? Et ce doute n'est-il pas à lui seul la justification de sa disposition?

D'ailleurs, même en cas de réunion, les procès-verbaux pouvaient être d'une incontestable utilité. Les arbitres, en effet, réunis et conférant avec le tiers, ne sont pas obligés de modifier leur opinion; ils sont libres d'y persister respectivement; et, dans ce cas, la mission du tiers se résume dans l'adoption forcée de l'une

d'elles. Il était donc nécessaire qu'il en constât; et de là l'obligation de les rédiger et de les motiver séparément.

Ainsi l'obligation de rédiger les procès-verbaux de partage tient à cette double considération : incertitude de savoir si les arbitres se réuniront ou non; impossibilité de deviner si, après s'être réunis, ils persisteront ou non dans leur opinion. Ajoutons que ces procès-verbaux ont encore un troisième objet, à savoir, la constatation matérielle du partage et la régularité de l'intervention du tiers.

M. Chauveau ne se borne pas à cette objection si facilement répondue; il ajoute : En déclarant le partage, les arbitres ont épuisé leurs pouvoirs. Ils ont jugé, autant qu'il était en eux, de le faire; la preuve, c'est qu'après la proclamation du partage, les arbitres ne peuvent se passer du tiers départiteur, et rendre la sentence d'un commun accord.

Pourquoi cela? répondrons-nous. Parce que la déclaration du partage amenant l'institution du tiers, le tribunal arbitral n'est régulièrement réuni que lorsqu'il comprend celui-ci, sans lequel les arbitres ne pouvant valablement délibérer ne peuvent, à plus forte raison, valablement juger; mais cela, dit-il, que, délibérant tous ensemble, les arbitres ne pourront pas juger autrement qu'ils ne l'ont fait; c'est là la question qu'il faut résoudre, et que M. Chauveau se contente de trancher.

Quant au pouvoir de juger, M. Chauveau le conteste aux arbitres, adoptant en cela la doctrine de la Cour de

Paris du 26 août 1826. Mais cet arrêt, ainsi que nous l'avons dit, fut cassé par la Cour de cassation, admettant que la déclaration de partage proroge les pouvoirs des arbitres. Donc la Cour régulatrice condamne la doctrine de M. Chauveau.

Cette condamnation ne saurait être plus énergique. La Cour de cassation admet qu'après la déclaration de partage et la nomination du tiers, on peut encore récuser les arbitres. Or, dans le système de M. Chauveau, à quoi bon récuser celui qui a perdu irrévocablement la qualité de juge et le pouvoir de juger?

Dans le même système, le déport ou le décès de l'arbitre, survenu postérieurement au partage déclaré, ne devrait apporter aucun obstacle à la mission du tiers. C'est cependant le contraire que la Cour de Paris admettait elle-même en jugeant, le 14 janvier 1808, qu'un des arbitres ayant cessé de l'être depuis la déclaration de partage, la nomination du tiers se trouvait dès lors prématurée, et son intervention irrégulière et nulle.

Ce sont là, nous l'avons déjà dit, des inductions logiques de l'obligation de se réunir et de conférer; et c'est ce que consacre très-juridiquement la Cour de cassation[1].

Abordant enfin le texte de l'article 1018, M. Chauveau se demande si, de ce que, en cas de refus de se réunir, la loi autorise le tiers à juger seul, il faut conclure que lorsque les arbitres entrent en conférence

[1] Voir *sup.*, n. 639 et 640.

avec lui, tout est à recommencer? Non, répond-il. Le but de la conférence n'est pas autre que de mieux instruire le tiers. S'il en était autrement, la loi ne laisserait pas tant de latitude aux arbitres pour refuser leur concours à cette réunion, elle renouvellerait la disposition relative à leur déport.

Il y a entre le déport et le refus de se réunir une différence qui n'aurait pas dû échapper à un esprit aussi sagace que M. Chauveau. Le déport n'est pas autre chose que le refus de remplir une mission qu'on avait d'abord acceptée.

Le refus de se réunir n'est au fond pas autre chose que la déclaration de l'arbitre qu'il entend persister dans l'opinion qu'il a émise, et ainsi l'arbitre ne fait qu'user d'un droit rigoureux que la loi devait respecter. L'arbitre manque aux convenances, il oublie ce qui est dû au désir de la loi, mais ce tort ne pouvait être puni.

La loi n'approuve donc pas plus le refus de conférer que le déport; elle a seulement tiré les conséquences de l'un et de l'autre. Le déport cause un préjudice plus ou moins considérable; il faut le réparer. Le refus de conférer appelle le tiers à juger seul; mais il n'a pas été la cause de son intervention résidant uniquement dans le fait matériel du partage. Le refus de conférer n'étant que la volonté de ne pas abandonner l'opinion émise n'occasionne donc en réalité aucun préjudice, n'est même au fond qu'un fait parfaitement légal.

L'explication de M. Chauveau étant inadmissible, l'argument *à contrario*, que nous avons tiré de l'article 1018, reste dans toute sa force.

Mais, ajoute M. Chauveau, si les arbitres peuvent se déjuger, ils devraient être tenus de signer la sentence du tiers. L'ancienne législation rendait cette signature obligatoire, le projet du Code l'exigeait. Donc, en repoussant cette proposition, le législateur a, par cela même, condamné la doctrine que nous combattons.

Cette objection de M. Chauveau repose sur une pure équivoque. Sous l'empire du Code, la sentence du tiers, c'est-à-dire celle qui est rendue par lui seul dans les cas prévus par l'article 1018, n'a pas besoin d'être signée par les arbitres; cela était rationnel: comment, en effet, faire dépendre la validité du jugement de la signature de l'arbitre qui a été vainement sommé de se réunir, ou dont l'opinion a été formellement condamnée?

Mais la sentence rendue après conférence n'est pas la sentence du tiers, elle est le jugement de la majorité qui l'a rendue; sa validité tiendrait donc à la signature de cette majorité, c'est-à-dire qu'il y aurait lieu, dans ce cas, à l'application des règles prescrites par l'article 1016 C. proc. civ.

Il n'y a donc rien à conclure en faveur de la doctrine de M. Chauveau, de ce que les arbitres sont dispensés de signer la sentence du tiers; cela ne s'entend que du cas où le tiers a jugé seul. Le jugement rendu à la suite de la réunion serait le fait de tous ceux qui y ont concouru et qui devraient dès lors le signer.

Après avoir ainsi invoqué ce qu'il croit être le droit, M. Chauveau s'en remet aux considérations; ici, comme tout à l'heure, nous ne trouvons pas qu'il soit bien

concluant. Voici, en effet, les craintes que lui inspire l'adoption de la doctrine qu'il combat :

Si les arbitres, nous dit-il, sont maîtres de modifier leur avis, ils pourraient se rallier à l'un de ceux qu'ils ont consignés séparément dans le procès-verbal, et quelle serait alors la position du tiers? Ils seraient même en droit de lui imposer une opinion toute nouvelle; et à quoi servirait le procès-verbal?

Nous ne voyons aucun inconvénient réel dans chacune de ces hypothèses. D'ailleurs n'est-ce pas un peu vouloir trancher la question par la question? Si la loi a voulu que la réunion et la conférence qu'elle prescrit amenassent une discussion nouvelle, un examen plus approfondi, elle a par cela même voulu toutes les conséquences que peuvent entraîner l'un et l'autre, celle notamment d'obliger la minorité de suivre la majorité. Dans ce cas même la mission du tiers n'aurait pas été stérile, puisque, autorisant la réouverture du débat, elle aura abouti à la constitution de cette majorité. Bien loin donc que ce résultat puisse devenir jamais un sujet de reproche, il faut reconnaître que c'est uniquement pour y parvenir que le législateur a prescrit la réunion et la conférence simultanées de tous les arbitres.

Nous en dirons autant de la seconde hypothèse. Du choc des opinions jaillit la vérité; donc la loi qui veut la discussion a dû vouloir en consacrer les effets. Il est vrai que, dans ce cas, la rédaction du procès-verbal pourrait paraître inutile, mais il suffisait de la possibilité d'un discord que la persévérance de chaque arbi-

tre pouvait entretenir pour que la loi dût prescrire cette rédaction ; elle était même indispensable pour constater le fait du partage et motiver légalement la nomination du tiers.

646. En résumé, l'opinion de M. Chauveau tend à ne considérer que le tiers dans le tribunal arbitral, après partage; cette appréciation blesse la raison et la loi. Pourquoi, en effet, s'il devait en être ainsi, si le tiers était, dans tous les cas, appelé à juger seul, ne lui donner ce droit que si tous les arbitres refusaient de se réunir?

Cette restriction dans l'article 1018 amène invinciblement à cette conséquence, que la réunion s'opérant, le tiers arbitre n'étant en quelque sorte qu'un supplétif destiné à donner à la majorité le moyen de se produire, ne compose pas plus à lui seul le tribunal que les arbitres ne le composent de leur côté; que ce tribunal n'est régulier que par le concours de tous, et que dès lors la majorité est naturellement appelée à dicter la loi à la minorité [1].

647. Le tiers arbitre ne peut donc prononcer seul qu'après avoir inutilement conféré avec les arbitres, ou à défaut qu'après qu'ils ont été sommés de le faire. La violation de ce devoir entraînerait, en arbitrage volontaire, la nullité de la sentence et en conséquence la péremption de l'arbitrage.

En arbitrage forcé cette violation ne serait qu'une irrégularité, ou un vice de forme. Sans doute les ar-

[1] Lyon, 14 juillet 1826.

bitres forcés ne sont pas moins tenus d'exécuter la loi, mais leur compétence n'est pas exclusivement attachée à sa stricte exécution. On ne saurait donc voir, dans l'inexécution qu'ils en feraient, l'exclusion de toute compétence, de tous pouvoirs.

De là la Cour de cassation a conclu que le moyen tiré du défaut de conférence du tiers avec les arbitres est couvert par la renonciation à tout recours que les parties auraient consenti dans le compromis, ou dans l'acte de société [1].

648. Quelque importante que soit la formalité prescrite par l'article 1018, les parties peuvent en dispenser les arbitres. Vainement, dirait-on qu'elles ont ainsi transigé sur le droit de se défendre, qui est d'ordre public. En réalité, chacune d'elles n'a pas abandonné la faculté de comparaître devant le tiers et de se défendre. D'ailleurs les procès-verbaux de partage indiqueront à celui-ci les raisons militant en faveur de chaque opinion. En conséquence, l'autorisation donnée au tiers, même de prononcer sur le vu des procès-verbaux, et sans autre formalité, serait régulière et valable.

Non-seulement la jurisprudence l'a ainsi admis lorsque cette autorisation est expresse, mais encore lorsqu'elle est implicitement renfermée dans le compromis ou dans l'acte de société. Ainsi on l'a déduite de la clause instituant les arbitres amiables compositeurs dispensés de toute espèce de forme [2].

[1] Cass., 17 juin 1840. J. D. P., 2, 1840, p. 502.

[2] Paris, 10 août 1809. Cass., 31 décembre 1816.

Les parties peuvent donc dispenser expressément ou tacitement de l'observation de l'article **1018**. Si elles n'ont rien statué à cet égard, cet article reste obligatoire et son inexécution produit les effets que nous venons d'indiquer.

649. On doit, dans ce cas, appeler les arbitres à se réunir au tiers, et à défaut de consentement spontané de leur part, les sommer de le faire. Si la réunion a lieu, une nouvelle délibération s'établit, et il n'y a pas d'autres solution que celle qui réunit la pluralité des voix.

Si la réunion n'est pas acceptée par tous les arbitres, le tiers juge seul. Le législateur n'avait pas d'autre résolution à consacrer. Quel que fût le prix qu'il attachait à la réunion des arbitres, il a compris qu'il n'avait aucun moyen de la contraindre matériellement. D'autre part, comme le refus obstiné d'un arbitre ne devait pas rendre le litige insoluble, c'est au tiers arbitre seul qu'il appartient désormais de prononcer.

650. Pourra-t-il, avant de le faire, conférer avec l'arbitre ayant consenti à la réunion? La loi ne le prescrit pas, d'où nous induisons qu'elle ne permet pas la conférence dans le sens que l'article 1018 attache à ce mot. Ainsi rien n'empêche que le tiers ne se renseigne auprès de l'arbitre acceptant; mais celui-ci ne pourrait ni abandonner, ni modifier l'opinion qu'il a embrassée. L'un ou l'autre ne pourrait être que le résultat d'une délibération régulière, dont la possibilité exige *a priori* la constitution légale du tribunal arbitral. Cette condition est exclusivement attachée à la réunion de tous

les arbitres. Le refus d'un seul rend donc le tribunal nécessairement incomplet, s'oppose dès lors à toute délibération nouvelle, et devient un obstacle invincible à toute modification aux opinions constatées dans les procès-verbaux de partage.

Le contraire a été cependant jugé par la Cour de cassation, le 29 mars 1827. Mais cette décision est bien plutôt un arrêt d'espèce qu'une solution doctrinale. Ce qu'il importe de faire remarquer, c'est que la modification dans l'opinion de l'arbitre était querellée par la partie au profit de laquelle elle avait eu lieu. Il avait donc fallu, avant de s'occuper de la demande au fond, apprécier sa recevabilité, qui avait été repoussée.

C'est cette fin de non-recevoir, basée sur ce principe que les nullités sans griefs ne sont pas proposables, que la Cour régulatrice sanctionnait également. On conçoit dès lors qu'elle n'avait pas à apporter, dans la décision du fond, cet examen minutieux que méritait la question, examen qui eût nécessairement amené une solution contraire.

Ainsi le tiers arbitre peut conférer avec un arbitre lorsque l'autre refuse de se réunir. Mais cette conférence n'est plus qu'officieuse, et ne peut produire aucun des résultats que la loi attache à la réunion générale des arbitres. L'opinion que chacun de ceux-ci a adoptée reste invariablement telle qu'elle est dans le procès-verbal de partage ; le tiers jugeant seul doit, à peine de nullité, se ranger, sans modification, à l'une ou à l'autre.

651. L'obligation pour le tiers de prononcer dans ce

sens paraît étrange au premier coup d'œil. Il peut se faire, en effet, que chacune des opinions s'écarte sur un ou plusieurs points de la vérité. Pourquoi donc empêcher le tiers de les ramener à cette vérité, soit en les modifiant l'une par l'autre, soit en retranchant ce qui lui paraît erroné et susceptible d'être modifié?

Mais la réflexion conduit bientôt non-seulement à purger la loi de tout reproche, mais encore à approuver complétement les exigences qu'elle a consacrées. Le tiers n'est appelé que pour vider le partage, et donner le caractère de jugement à la décision arbitrale n'ayant pas encore mérité cette qualification.

Or, un jugement n'est que l'opinion de la majorité des juges. Ici l'intervention du tiers arbitre ayant porté à trois le nombre des juges, il en résultera que l'opinion à laquelle le tiers s'arrêtera réunira ainsi deux voix sur trois, et aura réellement recueilli la majorité.

Qu'on permette au tiers de n'accepter ni l'une ni l'autre des opinions des premiers arbitres, on arrivera à ce qu'au lieu de deux opinions il y en aura trois, mais qu'aucune n'aura réuni la majorité, et qu'en conséquence il n'existera en réalité aucun jugement.

Voilà le fondement rationnel de l'obligation imposée au tiers d'opter pour une des opinions, lorsque le refus d'un ou de plusieurs arbitres, mettant obstacle à la réunion et à la conférence, l'appelle à juger seul. Cette obligation est absolue, et ne comporte ni tempérament ni modification. La nécessité d'avoir une majorité dans un sens l'exigeait ainsi. Comme conséquence, la Cour de cassation refuse au tiers jugeant seul le droit de sta-

tuer sur les conclusions nouvelles que les parties prendraient devant lui[1].

652. La doctrine et la jurisprudence n'ont guère varié sur le caractère de l'obligation du tiers. Il doit opter pour l'une ou pour l'autre des opinions dans son intégrité, lorsque les deux arbitres persistent chacun dans la sienne, ou lorsqu'ils refusent de se réunir avec lui. Ainsi, M. Carré, comme nous l'apprend M. Chauveau, soutenait la nullité de la décision du tiers arbitre allouant 80 francs de dommages-intérêts dans une espèce où l'un des arbitres proposait d'en allouer 440 francs, et l'autre de les refuser tout à fait[2].

Par application de la même règle, la Cour de Caen décidait, le 9 juin 1837, que lorsque, s'agissant de l'étendue d'un droit de passage, l'un des arbitres l'accorde pour charrues et charrettes, et l'autre pour gens à pied seulement, le tiers ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs, l'ordonner pour gens à pied et à cheval[3].

Nous pourrions multiplier les exemples. Ceux que nous venons de rappeler suffisent pour bien déterminer la nature et les conséquences du désir et de l'intention du législateur. Nous n'en rappellerons donc aucun autre.

653. Mais ce qu'il importe de rappeler, c'est que ce désir et cette intention doivent être rationnellement compris et interprétés. Ils ne doivent être appliqués dans toute leur rigueur que si le partage n'est déclaré

[1] Cass., 17 novembre 1836. J. D. P., 1, 1837, p. 19.
[2] Sur l'art. 1018, quest. 3347.
[3] J. D. P., 2, 1837, p. 464.

que sur un point unique, soit que ce point constituât tout le litige, soit que les arbitres aient unanimement résolu tous les autres.

Mais si le procès a plusieurs chefs distincts, si le partage les comprend en totalité ou en partie plus ou moins grande, il y a autant de jugements distincts à prononcer, et pour chacun d'eux le tiers est appelé à exercer la faculté qu'il a d'adopter l'une ou l'autre opinion. Il peut donc consacrer alternativement l'avis qui lui paraît préférable. On ne saurait l'astreindre à opter pour un des arbitres sur l'ensemble des chefs.

Cette prétention ayant été soutenue n'a pas cessé d'être repoussée. Ainsi, la Cour de Limoges décidait, le 15 juillet 1840, que le tiers arbitre chargé d'établir les trois éléments d'une créance, capital, intérêts, termes de payements, peut très-régulièrement fixer le premier et le troisième éléments d'après l'opinion de l'un des arbitres, et le second d'après celle de l'autre [1].

D'autre part, on jugeait également que lorsqu'il s'agit de la liquidation d'un compte, le tiers arbitre peut diviser les avis des arbitres sur un même chef de demande se composant de plusieurs articles distincts, et adopter alternativement sur chaque article l'avis de l'un ou de l'autre arbitre [2].

654. Cette jurisprudence, approuvée par la doctrine, arrivera souvent à ce résultat, à savoir que le reliquat du compte, arrêté par le tiers arbitre, différera nécessairement de celui auquel chaque arbitre était ar-

[1] J. D. P., 1, 1843, p. 468.
[2] Nancy, 13 décembre 1832. Cass., 3 juillet 1834.

rivé. En conséquence, le dispositif de la sentence ne sera conforme ni à l'un ni à l'autre des deux avis.

Ce résultat violera-t-il la prescription de l'art. 1018? L'affirmative avait été accueillie par la Cour de Paris, non pas qu'elle pensât que le tiers arbitre n'eût pas le droit de se prononcer sur chaque article d'une manière différente, pourvu qu'il se rangeât alternativement à l'opinion d'un des arbitres. Ce qu'elle lui contestait, c'était la faculté de tirer la conclusion des prémisses qu'il avait embrassées. En pareille circonstance, disait l'arrêt, tout ce que peut faire le tiers, c'est de se prononcer pour l'avis se rapprochant le plus des résultats auxquels il serait arrivé lui-même.

Il était étrange, en permettant de changer et de varier les bases adoptées par chaque arbitre, de vouloir prohiber les conséquences logiques de ce changement. En matière de comptes, par exemple, ce n'est pas le calcul définitif et total qui constitue le jugement; celui-ci n'est que dans la solution que reçoivent les divers éléments du compte, et dont sa balance n'est que la conséquence inévitable et forcée.

Aussi l'arrêt de la Cour de Paris eut-il le sort qu'il était facile de prévoir. Déféré à la Cour régulatrice, il fut cassé pour fausse application de l'art. 1018. Le reliquat d'un compte, dit l'arrêt de cassation, n'est que le résumé des premières opérations; il ne constitue pas le jugement, il doit nécessairement être fixé d'après les décisions portées sur chacun des objets en contestation; il ne peut en être que la conséquence; on ne saurait donc contester au tiers arbitre qui se

range à l'avis tantôt de l'un, tantôt de l'autre des arbitres, le droit de fixer le reliquat d'après les décisions qu'il a portées sur chaque chef, ni lui imposer l'obligation d'adopter, en définitive, le reliquat s'étant le plus rapproché de son sentiment [1]. C'est à cette opinion que la Cour de Paris s'est rangée, par arrêt du 5 décembre 1831.

Ainsi donc la disposition de l'article 1018 n'est pas un obstacle insurmontable à une différence dans les résultats. Cette différence est inattaquable si elle n'est due qu'à la consécration de l'une des opinions des arbitres sur chaque chef en litige. L'unique jugement consistant alors dans la solution de chacun d'eux, le tiers arbitre a réellement rempli son devoir en optant pour l'une ou pour l'autre des opinions que les arbitres avaient manifestées.

En résumé, s'il n'y a qu'un chef unique de contestations, ou si, plusieurs existants, le partage n'a été déclaré que sur un, le tiers arbitre est enchaîné. Il doit se prononcer absolument pour une des opinions des arbitres, sans pouvoir ni ajouter ni retrancher ; il ne pourrait non plus les modifier l'une par l'autre, à moins que les arbitres s'étant tous réunis, la nouvelle détermination soit surgie d'une délibération nouvelle, et ait réuni la majorité des suffrages [2].

Mais si les arbitres se sont partagés sur plusieurs chefs, si chacun d'eux persiste dans son opinion ou

[1] Cass., 1er août 1825. *Conf.* Cass., 11 février 1824. Toulouse, 6 août 1827. Cass., 17 novembre 1830.

[2] Bordeaux, 15 janvier 1851.

refuse de se réunir, il y a autant de jugements à rendre qu'il y a de chefs à vider. Le tiers remplit son mandat en se prononçant sur chacun d'eux pour l'adoption intégrale d'un des deux avis; il est dès lors compétent pour fixer les résultats, conséquences de cette adoption alternative.

655. On ne devrait pas voir une différence violant l'art. 1018, dans le fait que le tiers n'aurait pas purement et simplement sanctionné les motifs de l'arbitre dont il adopte l'opinion. C'est ce que la Cour de Paris a sainement décidé en jugeant, le 19 novembre 1817, que le tiers arbitre n'est pas tenu de s'astreindre judaïquement au texte de l'avis qu'il adopte, pourvu qu'il en reproduise la substance, et c'est ce qui a été admis par la doctrine; à plus forte raison ne doit-il pas être tenu d'adopter les motifs alors qu'il se range purement et simplement au dispositif.

656. L'art. 1018 s'oppose-t-il à ce que le tiers arbitre relève les erreurs de calcul échappées à l'arbitre dont il adopte l'opinion ? La négative a été admise par la Cour de cassation, le 28 janvier 1835.

M. Chauveau blâme cet arrêt avec juste raison. L'erreur prétendue peut en effet ne pas exister, la différence qualifiée telle pouvant résulter tout aussi bien d'un chiffre inexactement posé que d'une addition erronée, ce qui nécessite la présence de l'arbitre et son concours à la constatation de la prétendue erreur. Sous un autre rapport, l'arrêt de la Cour de cassation ne méconnaîtrait-il pas le texte de l'art. 541 C. pr. civ.,

déférant au juge qui a rendu la décision attaquée la connaissance des demandes en rectifications pour cause d'erreur ?

657. La décision rendue par le tiers arbitre seul, ou à laquelle le tiers a concouru, par suite de la réunion de tous les arbitres, est le véritable, l'unique jugement. Doit-elle, dès lors, réunir les formalités exigées pour la régularité de ceux-ci?

La solution de cette question varie suivant que la sentence a été rendue par la majorité, après réunion des arbitres avec le tiers, ou par le tiers arbitre seul.

Dans le premier cas, une délibération nouvelle s'établit, rien ne gêne l'indépendance et la liberté des arbitres. Les parties peuvent ajouter ou retrancher à leurs précédentes conclusions ce que les arbitres peuvent admettre ou repousser. Le résultat de la délibération peut être tout autre que l'admission d'une des deux opinions constatées par le procès-verbal de partage. Dès lors il est évident que la sentence ne sera régulière que par l'accomplissement des prescriptions de l'art. 141 C. proc. civ., dans les limites que nous indiquions tout à l'heure.

Dans le second cas, le tiers arbitre devant rigoureusement opter pour un des deux avis, sa sentence s'identifie en quelque sorte avec l'opinion qu'elle consacre. Le tiers a toute capacité pour s'approprier non-seulement le résultat, mais encore les motifs qu'il serait dès lors dérisoire de le forcer à répéter [1].

[1] Rouen, 26 novembre 1826.

Il en serait de même, au besoin, du dispositif. Déjà nous avons rappelé l'arrêt de Bordeaux du 30 décembre 1841, jugeant que la sentence du tiers déclarant adopter l'opinion contraire au défendeur, et adjuger les conclusions du demandeur ne pouvait être attaquée comme dépourvue de dispositif. Ce reproche pourrait bien moins être adressé à la sentence déclarant s'arrêter à l'opinion de tel arbitre, et en ordonnant l'exécution.

Evidemment le procès-verbal de partage contient le principe et les éléments de la décision. Il serait un véritable jugement, n'était le défaut de majorité pour l'un des avis qu'il renferme. L'option du tiers arbitre, comblant cette importante lacune, lui assure ce caractère, et lui en donne la forme constitutive. Dès lors si l'opinion adoptée relate la qualité des parties, leurs conclusions, l'exposé sommaire du fait, le tiers arbitre peut se dispenser de les rappeler.

L'obligation de signer et de dater la sentence vidant le partage ne saurait être répudiée ni méconnue. Le tiers arbitre signe seul si, en fait, il a jugé seul. Mais si, à la suite de la réunion, une décision modificative du partage a été convenue, elle doit être, à peine de nullité, signée par la majorité qui l'a arrêtée.

La date est indispensable pour décider si la sentence a été ou non rendue dans le délai accordé au tiers arbitre. Il est vrai que la disposition de l'art. 1018 Code proc. civ., réglant ce délai, est inapplicable à l'arbitrage forcé. Mais il peut se faire que les parties, ou les arbitres, ou le tribunal de commerce en aient assigné

un en nommant le tiers. L'existence de la date produira donc l'effet qu'on s'est promis.

L'omission qui en serait faite pourrait être suppléée, mais par les faits que nous indiquions en nous occupant du jugement arbitral, à savoir la mort du signataire, la date de l'enregistrement, celle du dépôt au greffe. Ajoutons qu'à l'endroit de la date, comme de tous les faits que ce tiers arbitre a pour mission de constater, la sentence fait foi de ses énonciations jusqu'à inscription de faux.

658. Il en est de la sentence vidant le partage comme du jugement que les arbitres auraient rendu à l'unanimité. Elle ne peut être exécutée qu'après avoir été revêtue de l'ordonnance d'exécution. Les formalités pour l'obtenir, le mode et les effets du dépôt étant les mêmes dans les deux cas, nous nous en référons à nos précédentes observations [1].

659. La sentence arbitrale rendue sans ou après partage devient, dès qu'elle est revêtue de l'ordonnance d'exécution, un véritable jugement. En conséquence, si elle a acquis l'autorité de la chose jugée, elle est désormais la loi définitive des parties, leurs héritiers ou ayants cause. Qu'en est-il des tiers ? sont-ils recevables à l'attaquer par tierce opposition ?

La solution dépend évidemment de celle que doit recevoir la question de savoir si le jugement arbitral peut lier les tiers, s'il peut leur être opposé. Comment, en effet, si ce jugement était de nature à leur nuire,

[1] Voir *sup.*, n. 628 et suiv.

comment leur refuser le moyen de se défendre utilement? Or, sous l'empire de l'ordonnance de 1667 et de la loi du 19 juin 1793, les parties ayant le droit de se prévaloir du jugement arbitral contre les tiers, ceux-ci étaient reconnus recevables à y former tierce opposition [1].

Le Code de procédure civile, en réglementant l'arbitrage amiable, a introduit un droit nouveau, en consacrant le contraire de ce qui se pratiquait. L'art. 1022 dispose, en effet, que les jugements arbitraux ne pourront, en aucun cas, être opposés à des tiers. Notre législation s'en est donc purement et simplement référée à ce principe dès longtemps sanctionné par le droit romain : *Res judicata jus non facit, quia res inter alios acta, vel judicata, aliis non nocet.*

Ce que la Cour de cassation conclut de l'art. 1022, c'est que les jugements arbitraux n'ont pas plus de force à l'égard des tiers, qu'une simple convention qui aurait été souscrite, à la même date, par les parties qui ont compromis [2].

A quoi bon, dès lors, ouvrir la voie de la tierce opposition? Son exercice supposait à la sentence un caractère de jugement tel qu'elle ne saurait jamais l'acquérir. Il suffisait donc d'investir les tiers du droit qu'ils auraient contre une convention souscrite par leur débiteur. De même qu'ils pourraient en demander la nullité, de même, si une sentence arbitrale, rendue contre ce débiteur, leur était opposée, ils pourront directe-

[1] Cass., 5 frimaire an VIII, 11 vendémiaire an X.
[2] 23 janvier 1843. J. D. P., 1, 1843, p. 200.

ment l'attaquer et la faire déclarer au principal sans effets.

Les conséquences que nous déduisons du texte de l'article 1022 ont été admises en doctrine et en jurisprudence. La Cour d'Aix a notamment jugé, le 3 février 1817, que le propriétaire d'un fonds n'a pas besoin de se pourvoir, par tierce opposition, contre la sentence arbitrale qui, rendue entre des tiers, accorde à l'un d'eux une servitude de passage sur ce fonds ; que la maxime *res inter alios acta*, etc., lui suffit pour repousser l'effet de la sentence [1].

Il en serait de même du cas où un tiers aurait obtenu contre un autre une sentence arbitrale, ordonnant restitution, à son profit, d'un objet dont il ne serait pas propriétaire. Le propriétaire pourrait, sans se pourvoir par tierce opposition, agir directement contre l'un et l'autre pour voir déclarer la nullité du jugement arbitral.

La règle de l'article 1022 C. proc. civ. ne souffre qu'une seule exception. Aux termes de l'article 2123 C. Nap., la sentence arbitrale, revêtue de l'ordonnance d'exécution, confère hypothèque. Nul doute donc qu'elle peut être opposée aux tiers à raison de l'inscription prise par ceux qui l'auraient obtenue. On comprend cet effet; l'hypothèque, ne prenant rang que du jour de son inscription, ne saurait nuire aux créanciers antérieurs. La publicité qu'elle reçoit sauvegarde les intérêts des créanciers postérieurs.

[1] Sirey, 17, 2, 416.

Mais, dans ce cas, la sentence pourrait nuire aux créanciers chirographaires ; aussi seront-ils recevables à l'attaquer, non pas par la voie de la tierce opposition, mais bien par action directe, comme tout ce qui préjudicie à leurs droits [1].

660. Les tiers dont s'occupe l'article 1022 auxquels le jugement arbitral ne peut être opposé, et qui dès lors ne sont pas recevables à l'attaquer par tierce opposition, comprenent évidemment les codébiteurs et les cautions. La condamnation prononcée par les arbitres resterait sans effets possibles contre les uns et contre les autres. Ce résultat était indiqué par l'article 1165 C. Nap., aux termes duquel les conventions n'ont d'effet que contre les parties contractantes. Or, le jugement arbitral n'est rendu que par suite de la convention des compromissionnaires.

Les auteurs du *praticien* auquel nous venons d'emprunter notre solution estiment néanmoins, et avec juste raison, à notre avis, que le compromis interromprait la prescription contre tous les intéressés, le compromis remplacerait les poursuites, interpellations et reconnaissances prévues par les articles 1206, 2249 et 2250 C. Nap., et en aurait toute l'efficacité.

Ils estiment, d'autre part, et avec non moins de raison, que si le débiteur obtenait gain de cause par le jugement arbitral, et si la dette était déclarée éteinte, les codébiteurs et les cautions seraient par cela même libérés. Cette doctrine n'est qu'une intelligente applica-

[1] De Vatimesnil, n. 280, v° ARBIT..

tion des articles 1108, 1281, 1287, 1365 et 2036 Code Nap.; elle a été entièrement consacrée par la doctrine[1].

661. Les solutions que nous venons de retracer se produiront incontestablement dans l'arbitrage amiable. Doit-on les admettre en arbitrage forcé?

La raison de douter se tire ici de la qualité même des arbitres; ils sont non-seulement institués par la loi, mais ils sont encore seuls compétents pour connaître du litige et le décider. Ils sont donc les juges du droit commun en cette matière, et ils composent un véritable tribunal. Pourquoi donc y aurait-il une différence dans les effets, entre le jugement qu'ils rendent et celui que rendrait le tribunal de commerce qu'ils remplacent?

Il semble donc que la règle applicable à ce dernier devrait être commune au premier. C'est ce que la Cour de Grenoble décidait en termes exprès, lorsque, le 31 janvier 1822, elle jugeait qu'en principe la tierce opposition devait être admise contre les jugements rendus par des arbitres forcés, aussi bien que contre ceux rendus par les tribunaux ordinaires, dès lors qu'aucune disposition légale ne s'y oppose.

Ce qu'il importe de remarquer à l'endroit de cet arrêt, c'est que l'espèce sur laquelle il est intervenu était régie par l'ordonnance de 1667. Or, nous avons vu que sous son empire la recevabilité de la tierce opposition n'excitait aucun doute. Il ne peut donc avoir la moindre influence sur la question depuis la promul-

[1] Voir Chauveau sur Carré, quest. 3369.

gation de nos Codes de procédure et de commerce.

Sous l'empire de ceux-ci, la question nous paraît susceptible d'une solution diamétralement opposée. Cette doctrine, ce sont les motifs servant de fondements à l'article 1022 du Code de procédure civile, qui nous la suggèrent.

Ainsi, le législateur ne soumet pas à la tierce opposition les jugements arbitraux, parce que les juges qui l'ont rendu sont du choix des parties entre lesquelles la contestation a existé. Or, c'est devant ces mêmes juges que la tierce opposition devrait être portée, aux termes de l'article 475 C. procéd. civ. Comment donc contraindre une partie à s'adresser à un tribunal uniquement institué par ses adversaires?

De plus, la tierce opposition peut être formée à une grande distance de la prononciation de la sentence, et conséquemment à une époque où les pouvoirs des arbitres sont depuis longtemps expirés. Comment reconstituer le tribunal arbitral, surtout si l'un des arbitres est dans le cas d'être récusé par la partie nouvelle, si, pour cause d'absence, de maladie ou de mort, il était dans l'impossibilité de juger? Comment faire sortir à effet l'article 475 exigeant les mêmes juges que ceux qui ont rendu la sentence frappée de tierce opposition?

Il est vrai que le Code de procédure a prévu une hypothèse où tout cela peut se réaliser, celle de la requête civile. Mais l'article 1026 s'est expliqué sur l'autorité à laquelle cette procédure doit être déférée. Il est évident que le législateur n'eût pas manqué de faire dans le Code de commerce, et pour la tierce opposition, ce

qu'il a fait dans le Code de procédure pour la requête civile. Si, pour la première, aucun tribunal n'a été député, c'est qu'elle est repoussée dans toutes les hypothèses, et c'est avec juste raison. Les inconvénients qui l'ont fait écarter dans l'arbitrage volontaire se réalisent également dans l'arbitrage forcé; il n'y a donc pas lieu de distinguer entre eux [1].

662. Ainsi, la prohibition de former tierce opposition est générale et absolue pour tous les genres d'arbitrage; mais elle leur demeure spéciale et exclusive. On ne devrait donc pas l'admettre si la sentence déférée au degré supérieur, celui-ci se l'est appropriée en l'acceptant avec ou sans modification. Il n'y a plus alors de sentence arbitrale proprement dite. Il y a un véritable jugement ou arrêt, suivant que le second degré est un tribunal ou une cour. Le juge n'est plus institué par la partie ; il est permanent et compétent pour tout litige. Les motifs qui ont dicté l'art. 1022 n'existant plus, sa prohibition doit disparaître. *Cessante causa, cessat effectus.*

La Cour de Paris a néanmoins pensé le contraire. Elle jugeait, le 9 janvier 1836, que l'intervention, devant elle, d'un créancier social, devait être repoussée; que, pour intervenir, il fallait, en effet, avoir le droit de former tierce opposition, ce que nul n'était recevable à faire contre une sentence arbitrale.

Le principe que cet arrêt puise dans l'article 1022 est incontestable. Mais ce qui nous paraît étrange, c'est la

[1] Voir Chauveau sur Carré, quest. 3367.

manière dont la Cour pose la question. Il s'agissait d'une intervention devant elle, en cause d'appel. Le principe de cette intervention résidait bien dans le droit de former tierce opposition, non pas à la sentence, mais à l'arrêt à intervenir. Donc ce que la Cour avait uniquement à rechercher, c'était si le créancier aurait ou non le droit de former tierce opposition à l'arrêt qu'elle allait rendre. L'affirmative rendait l'intervention recevable. Or, cette affirmative, comment la contester? La décision de la Cour n'était-elle pas un véritable arrêt? Pouvait-elle être régie par l'article 1022?

Nous croyons donc que cet arrêt a méconnu le fait et le droit, et nous persistons à penser que la voie de la tierce opposition est ouverte toutes les fois que la sentence, perdant par l'appel son caractère propre, est devenue jugement ou arrêt.

ARTICLE 62.

Les dispositions ci-dessus sont communes aux veuves, héritiers ou ayants cause des associés.

ARTICLE 63.

Si des mineurs sont intéressés dans une contestation pour raison d'une société commerciale, le tuteur ne pourra renoncer à la faculté d'appeler du jugement arbitral.

SOMMAIRE.

663. L'article 62 n'est que la consécration, en matière d'arbitrage forcé, de cette règle élémentaire que sanctionne l'article 1122 du Code Napoléon; à savoir, qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention.

Contracter une société commerciale, c'est se soumettre obligatoirement à la juridiction arbitrale pour toute contestation entre associés à raison de la société, pour sa liquidation. De plus, le caractère de l'arbitrage, la nature des pouvoirs à conférer aux arbitres peuvent être l'objet de diverses stipulations dans l'acte social.

Or, en vertu du principe que nous rappelions, ces stipulations lient la partie, ses héritiers ou ayants cause. En conséquence, si la société se dissout par la mort d'un associé, l'obligation qui lui était imposée passe sur la tête de ses héritiers, quels qu'ils soient. Majeurs ou mineurs, ceux-ci ne peuvent agir que comme leur auteur aurait pu le faire lui-même.

664. Tout cela résultait déjà de la disposition de l'article 1122 du Code Napoléon. On aurait donc pu considérer comme inutile de le rappeler dans le Code de commerce, et spécialement pour l'arbitrage. Telle n'a pas été l'opinion du législateur, et on ne peut que s'en applaudir. Sa prévoyance produit cet effet précieux de dissiper tous les doutes, et de prévenir les difficultés qui pourraient surgir des dernières expressions de l'article 1122 lui-même, combinées avec l'art. 1013 C. procéd. civ.

Aux termes de celui-ci, la validité du compromis en arbitrage volontaire dépend de la qualité des héritiers de la partie décédée. Le décès n'annulera pas le compromis, si tous les héritiers sont majeurs; il l'annulera donc dans le cas contraire, alors même qu'au milieu d'héritiers nombreux un seul serait encore dans les liens de la minorité. On aurait pu facilement, à défaut d'expression de la part du législateur, soutenir que l'article 1013 était appelé à régir l'arbitrage forcé comme l'arbitrage amiable.

D'autre part, aurait-on pu sérieusement opposer la disposition de l'article 1122? N'aurait-on pas répondu avec succès que le compromis est une convention au

même titre que l'acte social; que cependant, en ce qui le concerne, on a admis une exception à la règle de l'article 1122; que les motifs de cette exception, tirés de cet article lui-même, devaient régir l'arbitrage forcé, puisque, comme l'arbitrage volontaire, il constitue une convention qui, par sa nature, ne pouvait être exécutée par les héritiers mineurs; que, pour se soumettre à l'arbitrage, il fallait, aux termes de l'article 1003 C. procéd. civ., avoir la libre disposition des biens et droits litigieux; que de plus l'article 1004 le prohibait formellement dans les causes sujettes à communication au ministère public; que dès lors la condition exigée par l'article 1122, pour que sa disposition restât sans application, se réalisant, on ne pouvait, dans aucune hypothèse, recourir à son autorité.

On n'aurait pas manqué d'ajouter que ce qu'on demandait pour l'arbitrage forcé on avait essayé de l'obtenir pour l'arbitrage volontaire; que dans celui-ci on avait prétendu distinguer entre le mineur agissant par et pour lui-même, et le mineur obligé comme héritier, et auquel on ne fait que demander l'exécution d'un engagement pris par son auteur; mais que la Cour de cassation avait repoussé toute distinction; qu'elle avait décidé que la clause compromissoire n'est pas obligatoire pour les héritiers mineurs de celui qui l'a souscrite; que le principe d'après lequel on est censé stipuler pour soi, ses héritiers ou ayants cause, reçoit exception toutes les fois que la convention est de telle nature qu'elle ne peut être accomplie par l'héritier

lui-même, comme elle l'eût été par son auteur [1].

Or, ce que la Cour de cassation décidait de la clause compromissoire, la loi le prescrivait expressément pour le compromis régulier ayant même reçu un commencement d'exécution. Telle est, en effet, l'hypothèse prévue par l'art. 1013, et dans laquelle la validité du compromis est exclusivement subordonnée à la majorité de tous les héritiers.

On aurait enfin rappelé cette règle posée par le Conseil d'Etat, à propos de la réunion des articles 1017 et 1018 C. proc. à l'art. 60 C. comm., à savoir que le Code de commerce se réfère à toutes les dispositions du Code de procédure auxquelles il ne déroge pas. Or, cette dérogation où la trouver, si le législateur n'eût pas sanctionné l'art. 62?

Nous avons donc raison de le dire, la disposition de cet article est d'une incontestable utilité. Son absence dans le Code donnait immédiatement lieu à la question de savoir si les héritiers mineurs étaient ou non régis par l'art. 1013, ce qui ne laissait pas de soulever un débat, quoique les raisons alléguées pour l'affirmative ne soient pas sans réponse. La manifestation de la pensée du législateur a l'immense avantage de rendre tout débat impossible.

665. Donc, en arbitrage forcé, la juridiction arbitrale est indépendante de la qualité des héritiers. Mineurs ou majeurs, ils n'en sont pas moins obligés d'agir comme leur auteur aurait été tenu de le faire

[1] 28 janvier 1839. D. P., 39, 1, 83.

lui-même ; d'exécuter tous les engagements par lui pris sur le caractère de l'arbitrage, sur la nature des pouvoirs à conférer aux arbitres, ces pouvoirs allassent-ils jusqu'à leur attribuer la qualité d'amiables compositeurs.

La position des héritiers mineurs est donc bien différente, selon qu'il s'agit d'un arbitrage amiable ou d'un arbitrage forcé. Cette différence n'est d'ailleurs que la conséquence logique de celle qui sépare ces deux institutions.

L'arbitrage amiable est simplement toléré par la loi, c'est-à-dire que le législateur, qui a établi les divers degrés de juridiction, permet qu'on s'affranchisse de ses prescriptions à cet égard, et qu'on défère à des personnes privées une partie de l'autorité dont les tribunaux réguliers sont investis.

Mais par cela même que cet arbitrage est une exception au droit commun, on a pu lui imposer toutes les conditions que son exercice a paru devoir comporter, le prohiber même dans telles ou telles hypothèses. De là les dispositions des art. 1003 et 1004 C. procéd. civ.

En matière de sociétés commerciales, il n'y a pas d'autre juridiction possible que l'arbitrage, les tribunaux sont radicalement incompétents pour connaître de leur liquidation et des contestations auxquelles elles peuvent donner lieu entre associés. C'est donc à la juridiction arbitrale que les héritiers même mineurs devraient recourir, alors même que leur auteur n'aurait pris aucun engagement à cet effet.

En d'autres termes, en matière de contestations sociales nées pendant l'existence de la société ou après la dissolution, les arbitres deviennent les seuls juges naturels et légaux, comme le sont, en matière ordinaire, les tribunaux régulièrement institués par la loi. Il n'y a donc pas à se préoccuper de la minorité ou de la majorité des héritiers de l'associé, pas plus que dans le cas où il s'agirait de plaider devant un tribunal civil ou de commerce.

Soumettre les héritiers mineurs à une autorisation quelconque, qui ne saurait d'ailleurs leur être refusée sans leur interdire tout recours judiciaire, annuler les stipulations de l'acte social, pour arriver forcément à un nouveau compromis et à la constitution d'un tribunal arbitral, ce ne serait pas les protéger ; on aggraverait au contraire leur position, en leur occasionnant des longueurs et des frais évidemment frustratoires et inutiles.

Il était donc beaucoup plus rationnel de s'en référer aux règles ordinaires de la représentation directe par l'héritier. Puisque l'arbitrage était inévitable, l'héritier avait plus d'intérêt à accepter ce que son auteur avait fait, et à suivre l'opération sur les derniers errements, qu'à recommencer sur nouveaux frais. C'est ce que le législateur précédent avait parfaitement compris.

666. Ainsi le principe maintenu par notre art. 62 se trouvait formellement consacré par l'art. 14, titre IV, de l'ordonnance de 1673. L'un des auteurs de cette ordonnance, Savary, expliquait ainsi cette disposition : La veuve, les héritiers ou ayants cause, exercent les

droits des associés au lieu desquels ils sont; et par conséquent il faut qu'ils se soumettent aux mêmes lois auxquelles l'associé décédé était obligé par l'acte de société, comme il le ferait s'il était vivant, en cas qu'il eût quelque contestation avec son associé [1].

De son côté, Jousse, commentant ce même art. 14, faisait observer que la nature de l'obligation en dérivant amenait à cette conséquence, à savoir, qu'elle devait être observée quand même la veuve et les héritiers mineurs ne feraient point le commerce et qu'ils seraient d'une autre profession. C'était là en effet la conclusion logique des prémisses posées par Savary.

Sous l'empire du Code de commerce, l'art. 62 n'a pas d'autres fondements légaux que ceux sur lesquels s'étayait l'art. 14 de l'ordonnance. Les considérations de Savary ont donc, aujourd'hui encore, toute leur force. Quant à la conclusion de Jousse, elle est encore d'autant plus vraie, que si la veuve ou les héritiers mineurs étaient régulièrement commerçants, aucune difficulté ne saurait naître; assimilés à des majeurs pour tout ce qui est relatif à leur commerce, ils seraient tenus d'agir comme le feraient ceux-ci.

667. Il suit de ce qui précède que la veuve, que les héritiers même mineurs, de l'associé, sont tenus de se conformer aux dispositions de l'acte social souscrit par ce dernier. Cette obligation ne se restreint pas au principe de l'arbitrage. Ce principe existe par la seule force de la loi, et il ne devrait pas moins recevoir son entier

[1] *Parfait Négociant*; *Des soc.*, liv. 1, chap., I, p. 12, édition de 1749.

accomplissement, quand bien même l'acte social garderait à cet égard le plus complet silence.

L'obligation de la veuve et des héritiers mineurs a surtout pour effet de les contraindre à réaliser toutes les modifications que l'acte social aurait stipulées à l'endroit du droit commun. Ainsi si l'acte social renfermait la renonciation à l'appel et au pourvoi, s'il conférait aux arbitres la faculté de juger sans s'astreindre aux formes du droit; s'il leur conférait la qualité d'amiables compositeurs, toutes ces clauses seraient valables à l'encontre des héritiers mineurs, le tuteur devrait donc s'y conformer sous peine d'y être contraint.

668. Quelles sont les personnes que le législateur a voulu désigner, lorsque l'art. 62 s'occupant de la veuve et des héritiers des associés ajoute, ou leur ayant cause? La qualité des personnes, la nature de l'opération déterminent le sens de la loi d'une manière bien nette et bien précise. Les ayants cause dont notre article s'occupe ne sont et ne peuvent être que les créanciers appelés à agir après le décès de leur débiteur, ou pendant sa vie, en cas de déconfiture et de faillite.

Les créanciers d'un commerçant mort sans avoir matériellement cessé ses payements ne peuvent le faire déclarer en faillite, quelque insolvable que soit sa succession. Mais chacun d'eux peut individuellement agir au mieux de ses intérêts, et il est évident que plus l'insolvabilité sera profonde et plus ils seront portés à le faire. Cette insolvabilité amènera, avec la crainte de n'être pas payé, le besoin de surveiller, de réaliser soi-même l'actif du débiteur, et conséquemment de

poursuivre la dissolution et la liquidation des sociétés dans lesquelles il pourra être intéressé. Évidemment les obligations que les héritiers devraient exécuter en pareille occurrence devront l'être par les créanciers qui sont aux droits et qui exercent les actions de leur débiteur.

La faillite vient substituer l'action de la masse à l'action individuelle des créanciers. Cette prétention collective est confiée aux syndics, seuls recevables à l'exercer ; mais la faillite n'ajoute rien aux droits des créanciers. Ils ne cessent pas, relativement aux actions appartenant à leur débiteur, d'être appelés à les exercer en vertu de l'art. 1166, sauf les cas de fraude dont il peut être rarement question en matière de liquidation d'une société contractée longtemps avant.

Ce qui s'induit de là, c'est que les syndics étant les ayants cause du failli sont tenus de la même manière que le seraient sa veuve et ses héritiers. Ils ne peuvent donc agir que comme il l'aurait fait lui-même. Ils doivent donc respecter l'acte social et en exécuter toutes les clauses.

C'est ce qui a été plusieurs fois jugé, et notamment par la Cour de Paris, relativement à la renonciation à l'appel. Ainsi la clause d'un acte de société, soumettant à des arbitres souverains les contestations entre les associés, est obligatoire pour les syndics de l'un des associés tombé en état de faillite, comme elle l'eût été pour l'associé lui-même. L'appel du jugement arbitral par les syndics est non-recevable. Bien que le compromis qui nomme les arbitres ne contienne aucune

renonciation à l'appel, et que le jugement intervenu ne soit point qualifié en dernier ressort [1].

669. En résumé, de quelque manière qu'ils se présentent, les créanciers poursuivant la liquidation d'une société contractée par leur débiteur, et n'articulant d'ailleurs ni dol ni fraude, ne sont que les ayants cause de ce débiteur. Ils ne peuvent donc agir que comme celui-ci aurait pu le faire lui-même, et ils sont tenus de toutes les obligations qu'il eût dû remplir. Vainement, donc, en cas de faillite exciperait-on de ce que les syndics n'ayant pas la libre disposition des biens et droits, sont incapables de compromettre. Cette objection ne saurait se produire en présence des art. 1122, Code Nap. et 62 Code comm. Les syndics sont dans ce dernier cas assimilés au tuteur de l'héritier mineur, et leur capacité personnelle ne saurait être prise en considération lorsqu'il ne s'agit que d'exécuter un engagement régulièrement et valablement contracté.

670. Mais de ce que les tuteurs et syndics sont tenus de se conformer aux stipulations de l'acte de société; de ce qu'ils sont obligés d'exécuter tous les engagements de leur auteur, il ne s'ensuit pas qu'ils puissent faire tout ce que celui-ci aurait fait.

Ainsi rien n'empêche, par exemple, que l'associé renonce à l'appel à toutes les époques; rien ne s'oppose à ce que cette renonciation, si elle n'a pas été convenue dans l'acte social, soit formellement stipulée dans l'acte de nomination des arbitres. Mais cette fa-

[1] Paris, 20 juin 1817.

culté n'appartient pas au tuteur; c'est ce qui est formellement écrit dans l'art. 63.

671. On a été plus loin; M. Pardessus, notamment, a vu dans cette disposition la nécessité d'annuler la renonciation à l'appel que renfermerait l'acte social lui-même. Cette renonciation, disait cet éminent jurisconsulte, n'est pas de l'essence de l'arbitrage forcé. La consentir, c'est rendre l'arbitrage volontaire quant à ce, et en conséquence le soumettre à l'application de l'art. 1013 Code proc. civ.; mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, ce système fut formellement condamné par la Cour de cassation.

Celle-ci part de ce principe, qu'en arbitrage forcé, les arbitres sont les seuls juges légaux. Que le pouvoir qui leur est donné de juger sans ressort ne change pas la nature de leur juridiction, qu'elle la proroge seulement, au même titre que celle des tribunaux ordinaires se trouve l'être dans le cas prévu par l'article 639 Code comm.; que cette prorogation étant ainsi autorisée, celui qui l'a consentie a contracté une obligation licite, exécutoire, non-seulement pour lui, mais encore pour ses héritiers ou ayants cause[1].

672. La Cour de cassation examinant l'objection tirée de l'art. 63 répond : que cet article ne s'applique qu'au cas où le tuteur stipule lui-même les intérêts des héritiers mineurs des associés, et n'est que la conséquence des dispositions du C. Nap., limitant les pouvoirs des tuteurs, et spécialement de l'art. 467, qui leur dé-

[1] Voir *sup.*, n. 530 et suiv.

fend de transiger sans l'accomplissement des formalités qu'il prescrit; que lorsque la renonciation à l'appel a été faite par l'associé lui-même, le tuteur qui en subit la loi pour les héritiers mineurs de cet associé ne fait, au nom desdits mineurs, aucun abandon, aucune stipulation nouvelle, mais demeure seulement lié par une convention préexistante et obligatoire.

Il faut le reconnaître, cette interprétation de l'art. 62 en détermine le véritable caractère avec une remarquable précision et une incontestable vérité. Nous la préférons donc à celle de M. Pardessus, laquelle, indépendamment de son peu de rationalité, a le tort grave d'imputer au législateur une contradiction telle que l'art. 63 refuserait ce que l'art. 62 vient d'accorder.

Celui-ci déclare que les *dispositions ci-dessus* sont communes aux veuves, héritiers ou ayants cause des associés. Or, au nombre de ces dispositions se trouve précisément celle de l'art. 52, autorisant la renonciation à l'appel. Que deviendrait donc ce vœu de la loi et comment en concevoir la réalisation, si l'art. 63 excluait cette renonciation, en la déclarant sans effet contre les héritiers?

Ces deux dispositions seraient inconciliables. On ne peut donc pas hésiter à repousser un système produisant de pareils résultats. La doctrine de la Cour de cassation fait disparaître toute contradiction, elle reçoit donc, indépendamment de sa rationalité propre, une consécration nouvelle par les conséquences qu'entraînerait la doctrine contraire.

Donc, et quelle que soit l'incapacité ordinaire du tuteur, il est forcé de recourir aux arbitres pour la liquidation de la société à laquelle les mineurs sont appelés, alors même que l'acte de société n'a rien prévu à cet égard. Si l'acte social détermine les pouvoirs dont les arbitres devront être revêtus, c'est là une convention licite, obligatoire, et dont le tuteur devra subir la loi.

Dans cette même hypothèse, il importerait peu que les arbitres primitifs eussent laissé expirer leurs pouvoirs, que l'un d'eux eût été récusé, ou se fût déporté. Tout ce qui résulterait du décès lui-même, c'est que ces arbitres devraient être remplacés; mais les nouveaux, comme les anciens, se trouveraient régis par les stipulations de l'acte de société, et prononceraient comme ceux-ci l'auraient fait eux-mêmes.

673. En serait-il de même si la renonciation à l'appel, postérieure à l'acte social, n'avait été stipulée qu'au moment de la nomination des arbitres?

Il n'est pas douteux que cette convention devrait recevoir sa pleine et entière exécution, même à l'encontre des héritiers mineurs de l'associé. Donc, le décès de celui-ci ne mettrait pas fin à l'arbitrage, au point de vue de l'art. 1013 C. procéd.

Mais, dans ce cas, la renonciation à l'appel n'est pas censée être la conséquence du caractère du juge; on la considère comme le résultat de la confiance qu'inspirent les personnes et de la foi que chaque partie a eu l'arbitre qu'elle désigne.

Dès lors, si ces arbitres ne peuvent s'entendre sur la décision à intervenir, si l'un d'eux décède avant ju-

gement, s'il se déporte, s'il se met dans le cas d'être récusé; en un mot, si, par un fait quelconque, l'arbitrage n'aboutit pas, l'acte de nomination devient caduc, et avec lui tombent toutes les parties accessoires, toutes les conventions modificatives qui l'accompagnaient [1].

Il faut alors, par une nomination nouvelle, reconstituer le tribunal arbitral. Sans doute, on pourrait, lors de ce renouvellement, faire toutes modifications au droit commun, proroger les pouvoirs des arbitres, leur en conférer de plus étendus, mais à la condition essentielle que chaque partie serait capable de consentir.

Or, cette capacité n'existerait pas chez le tuteur. Dès lors, et par application de l'article 63, on devrait ne pas s'arrêter à la renonciation à l'appel qu'il consentirait, et dont l'existence ne rendrait pas cet appel non recevable.

674. En résumé, donc, la position du tuteur, et, par voie de conséquence, celle des héritiers mineurs est toute tracée. Le jugement arbitral est en dernier ressort, si l'acte social en a conféré le pouvoir aux arbitres. Dans ce cas, l'époque de la nomination, la nécessité dans laquelle on a été de remplacer les premiers importent peu. Quels que soient les arbitres, ils n'en seront pas moins régis par les stipulations de l'acte de société, même à l'égard des héritiers mineurs de l'associé.

Si cet acte est muet, et si le décès de l'associé est

[1] Voyez *sup.*, n. 534 et suiv.

postérieur à la nomination des arbitres, la renonciation à l'appel que renfermerait cette nomination demeurera exécutoire pour les héritiers mineurs, en tant que les arbitres nommés accompliront leur mission. Si, par suite d'un événement quelconque, fût-ce un partage d'opinion, il y a lieu de compléter ou de renouveler le tribunal arbitral, la renonciation à l'appel serait régie par l'article 63; le tuteur ne pourrait la consentir.

Il en serait de même si l'acte de société ne statuant rien sur les arbitres futurs, aucune contestation n'était venue, avant la mort de l'associé, imposer la nécessité d'en nommer aucun. La dissolution de la société, par le décès de l'associé et la liquidation, rendant cette nomination forcée, le tuteur des héritiers mineurs serait apte à y concourir, mais il ne pourrait, sous aucun prétexte, s'écarter du droit commun, et étendre en aucune manière les pouvoirs des arbitres.

675. Il en est des syndics d'une faillite comme du tuteur; ils sont incapables de compromettre au nom de la masse; mais non-seulement ils ont le pouvoir mais encore le devoir de nommer les arbitres, lorsque, s'agissant de la liquidation d'une société à laquelle le failli est intéressé, l'arbitrage est forcé.

De même que le tuteur, ils ne pourront, dans cette nomination, s'écarter des errements convenus par le failli lui-même. En conséquence, si celui-ci a renoncé à l'appel dans l'acte de société, cette renonciation sera obligatoire pour les syndics.

Si la renonciation a été stipulée dans l'acte de nomi-

nation, elle ne sera obligatoire que si le jugement définitif est rendu par les arbitres choisis.

Enfin, si aucune renonciation n'a été stipulée, les syndics sont absolument incapables de la consentir. C'est ce que la Cour de cassation a formellement consacré par arrêt du 6 avril 1818.

Dans cette espèce, des arbitres avaient été nommés par les syndics pour liquider une société commerciale. La Cour de cassation, tout en reconnaissant que les syndics avaient pouvoir de nommer les arbitres forcés, déclara nulle la convention qu'ils avaient souscrite à cet égard, parce que cette convention conférait aux arbitres la qualité d'amiables compositeurs; que les syndics s'étaient ainsi écartés du droit commun, ce qu'ils n'auraient pu faire que s'ils y avaient été formellement autorisés.

ARTICLE 64.

Toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée ou l'acte de dissolution a été affiché et enregistré conformément aux art. 42, 43, 44 et 46, et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire.

SOMMAIRE.

676. Nécessité de régler la durée de l'action des créanciers contre les associés. Sanction donnée par l'art. 64.

676. La certitude de l'obligation grevant les associés à l'endroit des dettes sociales amenait celle d'une action en faveur des bénéficiaires de ces dettes. Cette action participant de la nature de l'obligation elle est, pour les associés ordinaires et en nom collectif, solidaire et indéfinie.

On ne pouvait, en traitant des sociétés, se taire sur la durée de cette action. Devait-elle rester après sa dissolution ce qu'elle était avant? Convenait-il de s'en référer au droit commun, ou établir une prescription de moindre durée? Dans ce cas, quel devait être le point de départ de la prescription, quelles sont les conditions à exiger? Telles sont les difficultés sur lesquelles l'attention du législateur dut se porter.

L'art. 64 les a toutes résolues. Dans le cas qui se

présentera le plus souvent, à savoir dans l'hypothèse d'une liquidation, la prescription est réduite à cinq ans en faveur des associés non liquidateurs. Ces cinq ans courront du jour de la fin de la société, si l'acte de société en indiquant le terme a été publié ; du jour de l'accomplissement des formalités de publication prescrites par les art. 42 et suivants, si la dissolution se réalisant accidentellement, et avant l'échéance du terme convenu, elle devient purement conventionnelle.

677. La disposition de l'art. 64 est une dérogation au droit commun. Nous avons déjà dit que la dissolution, soit conventionnelle, soit par l'expiration du délai stipulé dans l'acte social, ne faisait pas immédiatement cesser la société; elle est sans doute incapable de continuer le commerce, de se livrer à de nouvelles opérations, mais elle continue d'exister jusqu'au payement intégral de ses dettes. *Extincta societate, societatis effectus durat, donec pertinentia sint exacta*[1]. C'est, au reste, ce qui résulte de l'art. 64 lui-même, n'admettant que la prescription trentenaire pour ce qui concerne les liquidateurs.

Dès lors cet effet admis, on semblait devoir arriver à une conséquence diamétralement contraire à celle que l'art. 64 consacre. Si la société continue, pour le payement des dettes, l'obligation doit rester après la dissolution ce qu'elle était avant et n'admettre d'autre prescription que celle que les associés pourraient invoquer

[1] Straccha, décis. 71, n. 7.

pendant la durée de la société, c'est-à-dire la prescription trentenaire. On ne doit donc pas s'étonner des débats que souleva l'art. 64 dans la discussion au Conseil d'Etat.

678. MM. Réal, Treilhard, Bigot de Préameneu, Ségur et Defermon s'opposaient à sa consécration ; ils en signalaient la disposition comme injuste envers les créanciers de la société.

« Pourquoi, disaient-ils, par le seul effet de l'affiche de l'acte qui dissout la société, diminuer, dans la main des tiers, la durée d'une action qui, suivant le droit commun, doit subsister trente ans ?

« Si la société n'eût pas été dissoute, ils auraient conservé la faculté d'exercer leurs droits pendant ce laps de temps ; et parce qu'il a plu aux associés de se séparer, on souffrira qu'après cinq ans de silence, les créanciers n'aient plus rien à prétendre? Doit-il être permis au débiteur de changer ainsi, à son gré, la condition de celui envers lequel il est engagé ? Ce qu'il y a de plus extraordinaire, c'est qu'on admet, hors du cas de faillite, une prescription qui n'aurait pas eu lieu si la société eût failli. Comment, lorsqu'on s'est toujours montré aussi réservé pour admettre des déchéances, même dans l'intérêt de l'Etat, les établirait-on aussi facilement pour l'intérêt privé ?

« On n'a certainement pas calculé toutes les suites de cette disposition ; il en résulterait que les associés conserveraient, après la liquidation, l'action sociale les uns contre les autres, tandis qu'après cinq ans, leurs créanciers n'en auraient plus contre eux ; que les

associés pourraient se partager les recouvrements qu'ils feraient, même après cinq ans, et que cependant ils seraient affranchis du payement des dettes qui leur resteraient encore ; dispenser la société d'acquitter ses dettes, ce serait l'autoriser à faire légalement banqueroute ; enfin comment fera-t-on lorsque, après cinq ans, le même individu se trouvera à la fois créancier et débiteur de la société? Permettra-t-on d'écarter la compensation par voie de prescription?

« Il est vrai que pour atténuer l'injustice de la disposition, d'un côté on ménage aux tiers créanciers un recours indéfini contre le liquidateur; de l'autre, on les autorise à interrompre la prescription par des poursuites.

« Ces moyens sont insuffisants et ne compensent pas le tort qu'on fait aux tiers, en dégageant envers eux les autres associés.

« En effet, le liquidateur peut être insolvable. On ouvre même aux associés un moyen de se soustraire à leurs engagements, car il leur suffit de charger de la liquidation celui d'entre eux qui n'offre point de solvabilité.

« Quant à la faculté d'interrompre la prescription par des poursuites, elle est illusoire. Qui osera risquer des poursuites et des frais avant que la liquidation lui ait appris s'il existe un actif? D'ailleurs il ne sera pas toujours possible aux créanciers d'éviter la prescription par des poursuites faites en temps utile, parce qu'ils ne seront pas toujours instruits de la dissolution de la société. Des affiches, que personne ne lit, seront

inefficaces pour répandre la connaissance du fait; ainsi la publicité de la dissolution dépend presque entièrement de la bonne foi des associés.

« Les choses étant ainsi, il conviendrait du moins de faire courir la prescription, non plus du jour où la société serait dissoute, mais de celui où la liquidation serait terminée. Ce moment, il n'est pas impossible de le discerner; il faut bien que le liquidateur achève enfin de payer les créanciers et qu'il rende ses comptes. »

Voilà les diverses raisons invoquées contre l'art. 64. On a pu remarquer que si les unes sont graves, les autres, plus spécieuses que solides, étaient faciles à réfuter. Voici comment répondaient aux unes et aux autres le prince archichancelier et MM. Regnaud de Saint-Jean d'Angely, Cretet, Begouen et Jaubert :

« La disposition n'est pas injuste; elle le serait sans doute s'il était difficile aux créanciers de s'y soustraire, mais on leur donne le moyen d'éviter la prescription : ainsi, lorsqu'ils en sont atteints, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes.

« Il ne tient qu'à eux, en effet, d'interrompre la prescription par des poursuites ou par des actes conservatoires.

« Le temps qu'on leur accorde pour la prévenir est assez long. Cinq ans suffisent aux réclamations des tiers qui, avertis par des affiches de la dissolution de la société, ne peuvent pas ignorer qu'on procède à la liquidation, et s'il y avait quelque reproche à faire à l'article, ce serait plutôt de donner aux créanciers la facilité de prolonger le délai au moyen des poursuites.

Il n'est pas possible que, pendant cinq ans, des créanciers demeurent dans l'inaction et ne retirent pas des fonds ne leur produisant aucun intérêt; qu'ils ne poursuivent pas, si leur payement leur est refusé, ce qui suffit pour les sauver de l'application de l'article. Après la dissolution de la société, les créanciers ne manquent pas de prendre des précautions. S'ils sont en compte courant, ils tirent des lettres de change; s'ils ont des effets, ils les présentent, et, à défaut de payement, ils les font protester ; si on doit leur délivrer des marchandises, ils les exigent en livraison.

« Puisque les tiers ont tout le temps qui leur est nécessaire, peu leur importe la durée qu'on donne aux actions des associés contre eux ; et, au contraire, il importe beaucoup aux associés que leurs actions se prolongent, parce que les recouvrements et les comptes peuvent entraîner un laps de temps considérable. Il faut quelquefois trente ans pour opérer les recouvrements, dès lors la prescription entre associés ne peut être d'une moindre durée.

« Mais les créanciers oseront-ils risquer les frais d'une poursuite avant de savoir si l'actif suffit pour les payer?

« Cette considération ne peut les arrêter, puisque, s'ils n'étaient pas payés au moment de l'échéance, il y aurait faillite, et que s'il n'y a pas faillite, leur payement est assuré.

« Les tiers ne peuvent donc se trouver en perte que par une négligence qui est rare.

« On pourrait cependant ne faire courir le délai que

du jour où la liquidation est terminée, s'il existait un moyen de discerner ce moment. Mais on n'a pas ce moyen. Une liquidation se compose d'actes successifs; il est donc très-difficile de reconnaître si elle est entièrement terminée, et elle ne l'est réellement que lorsque toutes les créances sont recouvrées ou prescrites.

« Après avoir donné aux créanciers tant de facilités pour échapper à la prescription, l'article pourvoit encore à leurs intérêts, lorsqu'ils l'ont encourue contre la masse des associés, en leur offrant pour supplément de garantie leur recours contre le liquidateur dans la main duquel tous les fonds de la société se trouvent réunis, et qui, par cette raison, peut faire face à toutes les dettes.

« Cette dernière circonstance justifie la différence que l'article établit entre l'associé liquidateur et les autres associés. Cette différence est dans la nature des choses, le liquidateur est saisi de tous les fonds de la société, et les tiers intéressés le savent. Les autres associés, au contraire, sont dessaisis de tout. Il faut donc que leur libération ait un terme.

« On objecte que le liquidateur peut être insolvable. Les créanciers qui n'auraient pas confiance en lui peuvent, avant l'expiration des cinq ans, se ménager leur recours contre les autres associés, en les mettant en cause. La justice due aux tiers créanciers n'obligeait donc pas de rejeter l'article.

« Au contraire, l'intérêt général du commerce exigeait qu'on l'admît. Il est certain qu'on fuirait les

sociétés si ceux qui s'y engagent ne pouvaient espérer de se voir libérés qu'après trente ans, et par suite se trouvaient jusque-là dans l'impossibilité de former aucun établissement personnel.

« C'est cependant ce que produirait la prolongation, pendant un semblable terme, de la solidarité entre les associés. La propriété de chacun d'eux serait trop longtemps incertaine, et il serait exposé à voir ses biens chargés d'inscription, même pour les dettes de ses coassociés. S'il devait demeurer pendant trente ans passible des dettes sociales, il lui serait impossible de se procurer du crédit [1]. »

Voilà l'importante discussion que souleva l'art. 64, dans le sein du Conseil d'État. Nous avons cru devoir la transcrire en entier, parce que, indiquant les motifs réels de cette disposition, elle en précise le sens et la portée, et doit dès lors résoudre les questions qui peuvent naître à l'endroit de l'un et de l'autre.

679. Ce qui en résulte d'abord, c'est que l'exception que l'article consacre au droit commun en matière de prescription a été surtout considérée au point de vue de l'intérêt général. Il est certain que les inconvénients qu'on redoutait de la prescription trentenaire n'étaient que trop capables de se réaliser et de nuire au développement du commerce, au succès des sociétés. On aurait hésité à s'associer, si pendant trente ans on avait été soumis à la responsabilité indéfinie et solidaire, responsabilité que l'insolvabilité de certains

[1] Locré, *Esprit du Code de comm.*, art. 64.

associés serait venue aggraver. Comment, dans cette incertitude, se livrer à de nouvelles opérations? Comment, si on l'osait, se procurer ce crédit qu'un doute de cette nature devrait anéantir ou tout au moins fortement compromettre?

La disposition de l'art. 64 répond donc à une nécessité réelle, et on doit d'autant plus l'approuver que le préjudice qu'on craignait pour les créanciers ne peut jamais se réaliser.

Ce n'est pas seulement par l'affiche que s'annonce la dissolution de la société, c'est encore par des circulaires, c'est surtout par la notoriété commerciale que ne peuvent ignorer ceux qui sont précisement en relation d'affaires avec la société. A côté de cette notoriété se place celle de la solvabilité de la liquidation; les créanciers sont donc à même d'apprécier ce qui leur convient le mieux, et s'ils optent pour un recours contre les associés non liquidateurs, ils ont dans le délai de cinq ans beaucoup plus de temps qu'il ne leur en faut, il n'est peut-être pas d'exemple qu'un commerçant ait laissé dormir sa créance pendant plus de cinq ans.

680. Ce qui résulte encore de la discussion législative, c'est que la prescription quinquennale est exclusivement opposable aux tiers; d'associé à associé l'action continue à ne reconnaître d'autre prescription que la prescription trentenaire [1].

On pourrait, à ce point de vue, taxer la loi de contradic-

[1] Voir *infra*, n[os] 687 et 706.

tion, d'inconséquence. A quoi bon affranchir les associés d'une part, si d'une autre on les soumet à être recherchés pendant trente ans ? Ne s'expose-t-on pas ainsi aux inconvénients et aux dangers qu'on voulait éviter ?

Non, évidemment, et par plusieurs raisons décisives. En première ligne, on ne pouvait faire un devoir à l'associé de recourir contre son coassocié, lorsqu'il ne serait pas lui-même atteint par une condamnation au profit d'un tiers. Or, cette condamnation peut n'être réclamée qu'après l'expiration de cinq ans; en cet état, repousser le recours contre l'associé sur le motif qu'il est prescrit, ce serait agir avec une rigueur injuste, et méconnaître la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio.*

En second lieu, le recours entre associés ne peut guère se réaliser après le délai de cinq ans que de la part du liquidateur. Les autres associés libérés eux-mêmes par la prescription quinquennale, et ne pouvant être recherchés, n'auront rien à demander à leurs coassociés. Le contraire ne pourrait se réaliser qu'exceptionnellement, et dans l'hypothèse d'une interruption de prescription contre un ou plusieurs associés non liquidateurs.

En troisième lieu, enfin, autre chose est l'action des tiers, autre le recours de l'associé. La première détermine l'obligation de payer solidairement le montant de sa dette, quel qu'en soit le chiffre; le second ne peut jamais avoir pour objet que la quotité proportionnelle fixée par la loi en matière de solidarité.

De plus, le créancier porteur d'un engagement social

ne saurait subir aucune des exceptions ou compensations que les coassociés pourraient avoir à invoquer mutuellement. Le recours de l'associé soulève toutes les exceptions plus ou moins péremptoires, et qui peuvent être de nature à faire déclarer la demande non recevable ou mal fondée.

Supposez un recours de la part de l'associé liquidateur. Celui qui en sera l'objet soutiendra que le payement de la dette le concernait seul, et lui demandera dans tous les cas et préalablement compte des ressources sociales qui avaient été mises à sa disposition. Le recours ne pourra être accueilli que si ce compte est rendu, et que s'il justifie non-seulement de l'insuffisance des ressources, mais encore des diligences faites pour les réaliser. La négligence que le liquidateur aurait apportée dans les recouvrements, la faute, et bien mieux encore la fraude dont il serait convaincu ferait incontestablement repousser son recours.

Supposez qu'un associé non liquidateur, actionné après cinq ans, ait refusé ou omis d'invoquer la prescription; il n'aura pas le droit de réclamer d'aucun de ses coassociés une part quelconque de la dette qu'il aurait intégralement soldée. Chacun d'eux lui opposerait avec raison que la dette était éteinte; que rien sans doute ne l'empêchait de renoncer à la prescription, mais que cette renonciation purement personnelle ne pouvait faire revivre à l'encontre de ses coassociés une dette dont ils étaient libérés; qu'en conséquence, le payement qu'il en a fait doit exclusivement rester pour son compte personnel.

On le voit, le recours de l'associé n'a ni l'importance ni la gravité qu'offre l'action directe des tiers. D'ailleurs les associés fondés à demander compte au liquidateur des recouvrements opérés après les cinq ans doivent être tenus de contribuer aux payements effectués dans la même période. On comprend dès lors que le législateur, déclarant l'action directe des tiers éteinte par la prescription de cinq ans, ait laissé le recours de l'associé sous l'empire du droit commun.

681. La différence que l'art. 64 fait à l'endroit de la prescription, entre l'associé liquidateur et les non-liquidateurs, et les motifs sur lesquels cette différence se fonde, déterminent parfaitement les caractères de la liquidation pour les associés. Ils ont la plus absolue liberté dans le choix, ils peuvent députer plusieurs d'entre eux. Mais la nomination faite, son premier effet est de dépouiller chaque associé de toute action à l'endroit de la liquidation, et de les concentrer entre les mains du ou des liquidateurs.

L'unité dans la direction, les nécessités de l'administration, la célérité et l'ordre dans les opérations l'exigeaient ainsi. Ce serait à ne plus s'y entendre, si chaque associé pouvait de son côté s'immiscer dans la liquidation et s'exposer, par des mesures particulières qui lui paraîtraient convenables, à contrarier les mesures d'ensemble prises par le liquidateur.

En conséquence, les associés non revêtus de ces fonctions doivent s'en reposer entièrement sur ceux qui les ont obtenues et acceptées. La responsabilité qu'on

leur impose n'est équitable et juste qu'à cette condition.

Toutefois, ce résultat paraît d'abord étrange. Quoi ! vous défendez au mandant de s'immiscer personnellement dans une opération qu'un tiers est chargé d'accomplir dans son intérêt ? Le reproche serait fondé au point de vue des principes ordinaires du mandat. Mais ce qui ne permet pas de l'accueillir dans notre hypothèse, c'est que le liquidateur d'une société est moins le mandataire des associés personnellement que celui de la société, être moral, distinct de ceux qui la composent, et qui survit à sa dissolution pour tous les besoins de la liquidation, *donec pertinentia sint exacta*. La liquidation est donc un mandat *sui generis*, en vertu duquel celui qui l'a reçu peut actionner les associés ou être actionné par eux; qui impose une responsabilité envers les créanciers, ce qui explique comment et pourquoi on défend aux associés de s'immiscer dans la liquidation.

Donc, par rapport à eux, l'existence du liquidateur est obligatoire, et c'est contre lui qu'ils doivent agir pour toutes les réclamations qu'ils auraient à faire valoir contre la société.

682. Qu'en est-il des tiers créanciers ? Sont-ils également obligés de poursuivre leurs droits contre le liquidateur exclusivement ?

La solution de cette question dépend de la qualité en laquelle le tiers agit. Elle diffère selon que ce tiers est débiteur ou créancier.

Dans la première hypothèse, les sommes dues ne sont pas le patrimoine de tel ou tel associé, elles appar-

tiennent à l'être moral, à la société; elles constituent les ressources de la liquidation, et doivent dès lors être versées dans sa caisse, pour être employées à pourvoir à ses besoins. Le débiteur doit donc les solder entre les mains du mandataire de l'être moral, du préposé à la caisse commune, c'est-à-dire du liquidateur. Cette doctrine, enseignée par MM. Malepeyre et Jourdain, est adoptée par M. Troplong. Si la dissolution et la liquidation étaient notoires, dit cet éminent magistrat, il faudrait décider que le payement fait entre les mains d'un associé non liquidateur n'est pas libératoire [1]. La condition exigée par M. Troplong est incontestable. La notoriété dont il parle est celle qui résulterait de l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 42, 43, 44 et 46; et l'on sait que sans cet accomplissement la société n'aurait pas cessé de continuer à l'égard des tiers.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire si le tiers est créancier, il n'est nullement obligé de s'adresser au liquidateur. La dissolution n'a pu lui enlever le droit qu'il puisait, aux termes de l'art. 1203 C. Nap., dans la nature de sa créance; ce droit, qu'il pouvait exercer avant la dissolution, ne saurait être méconnu après. En réalité, le créancier social n'est pas seulement celui de l'être moral, de la société. La solidarité attachée à l'obligation le rend également le créancier personnel et direct de chaque associé; il peut donc choisir entre eux et s'adresser à celui qu'il lui plaît de poursuivre.

[1] N. 1041.

Comment la présence d'un liquidateur changerait-elle cette position ? Comment ferait-elle disparaître ce droit ? L'état de liquidation, le choix du liquidateur sont des faits étrangers aux créanciers. Ils ne peuvent donc en souffrir les conséquences que si la loi s'en était formellement expliquée, comme pour la prescription quinquennale, par exemple.

Or, non-seulement la loi n'a rien statué sur l'obligation pour les créanciers de poursuivre contre le liquidateur seulement, mais elle consacre le contraire en ne se contentant pas d'autoriser la poursuite contre les associés, en la rendant indispensable pour empêcher la prescription. Comment, en effet, justifier cette prescription si les créanciers n'étaient jamais recevables à s'adresser à un autre qu'au liquidateur lui-même.

Concluons donc, avec la logique et la raison, que lorsqu'une société a été dissoute, et qu'un liquidateur a été nommé, le bénéficiaire d'une dette sociale n'est pas nécessairement tenu de diriger son action contre le liquidateur seul[1].

683. Cependant cette règle comporte un tempérament et une exception. Sans doute le créancier est libre de poursuivre tel ou tel associé, mais la condamnation obtenue, l'effet s'en concentre sur les biens personnels de l'associé condamné. Elle n'affecte pas de plein droit l'avoir social.

Dès lors, le créancier qui veut grever celui-ci est

[1] Toulouse, 7 août 1834.

obligé de mettre en cause celui qui le détient et le représente, et d'obtenir contre le liquidateur une condamnation solidaire, ou de le citer en exécution commune. Voilà le tempérament, voici l'exception.

Dans les sociétés anonymes, les créanciers ne peuvent jamais agir que contre les administrateurs de la société ; cela reste ainsi après comme avant la dissolution. Celle-ci, ne pouvant rien changer aux droits des créanciers dans les sociétés ordinaires, ne saurait produire cet effet dans les sociétés anonymes.

Seulement, comme elle substitue un liquidateur à des administrateurs, l'action devant atteindre ceux-ci sera dirigée contre le premier. Voilà le seul effet légal de la dissolution.

Les créanciers ne pourront donc recourir contre les associés, qui d'ailleurs ne peuvent jamais être tenus au delà de leur mise. La question de savoir s'ils ont rempli à cet égard leur obligation est une question de liquidation qu'il convenait de laisser résoudre par l'exécution de celle-ci, le liquidateur ayant d'ailleurs toute qualité pour contraindre le versement qui serait encore dû.

Cette solution n'offrira ni inconvénients, ni dangers pour les créanciers. L'état de liquidation suppose que l'actif suffit pour solder le passif. Tous les créanciers seront dès lors satisfaits. Si le contraire se réalisait, une déclaration de faillite confierait l'administration à des syndics et créerait l'action directe des créanciers pour contraindre les associés au payement de leur mise.

En conséquence, et par exception, les créanciers d'une société anonyme ne peuvent poursuivre que le

liquidateur, il n'en est pas ainsi dans les sociétés ordinaires. La loi s'en remet au libre arbitre des créanciers, autorisés à agir contre celui qu'il leur plaît de choisir. Ils ne sont obligés de mettre en cause le liquidateur que lorsqu'ils désirent faire porter leurs exécutions sur le fonds social.

684. Un des plus remarquables effets de la solidarité est celui que sanctionne l'art. 2249 C. Nap., l'interpellation faite au débiteur solidaire, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers. Ce principe régit-il les associés après la dissolution?

La négative nous paraît résulter d'abord du texte même de l'article 64. Il est évident que le législateur n'accepte comme interruption que la poursuite directement exercée contre chaque associé pour ce qui le concerne. Toutes actions contre les associés non liquidateurs, leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites, si depuis cinq ans de la fin de la société ou depuis la dissolution dûment publiée, la prescription n'a pas été interrompue à leur égard par une poursuite judiciaire; ces termes sont exclusifs de l'application de l'article 2249.

L'esprit de la loi vient à l'appui de notre doctrine. On n'a pas voulu laisser trop longtemps l'associé sous le coup d'une responsabilité indéfinie. Le créancier mis en demeure de poursuivre n'est pas censé avoir absolument aliéné son droit; on présume qu'il a consenti à le restreindre aux associés liquidateurs.

C'est donc une remise de la dette que l'article 64

suppose. Une pareille présomption n'a besoin que du silence prolongé pendant cinq ans ; elle est et doit être complétement indépendante de l'interpellation s'adressant à autrui, et de l'aveu d'un autre associé que celui qui excipe de la prescription. Cette opinion est celle de M. Troplong, enseignant l'inapplicabilité absolue de l'article 2249 à la matière qui nous occupe [1].

Donc, pour les associés non liquidateurs, il n'y a interruption de la prescription que par les poursuites dont chacun d'eux pourrait être l'objet; quelle qu'ait été la conduite du créancier vis-à-vis des uns, elle ne saurait lui profiter, ni être invoquée contre ceux qu'il aurait laissés à l'écart pendant plus de cinq ans.

685. Le contraire aurait pourtant été consacré par la Cour de Paris, jugeant, le 10 novembre 1836, que la prescription quinquennale en faveur des associés non liquidateurs est interrompue par une action judiciaire formée contre les agents ou liquidateurs de la société dans les cinq années de la dissolution, bien qu'ils n'aient été eux-mêmes personnellement l'objet d'aucune poursuite; mais cet avis ne saurait prévaloir sur les considérations que nous venons de puiser dans le texte et l'esprit de la loi.

D'ailleurs, les tribunaux ne sont jamais saisis d'une pure question, abstraction faite de toute circonstance de fait. Chaque espèce offre des particularités dont il faut tenir compte. C'est ainsi que dans celle de l'arrêt que nous indiquons, la solution ne pouvait être en

[1] N. 1050.

principe, que celle adoptée par la Cour de Paris.

« La société anonyme connue sous le nom de Compagnie royale d'assurances maritimes avait été dissoute par ordonnance du 11 février 1820.

« Les actionnaires, parmi lesquels se trouvaient les sieurs André et Cottier, conclurent un traité à forfait avec le sieur Olive, nommé liquidateur de la société, qui se chargea d'opérer la liquidation à ses risques et périls.

« Le 12 avril 1820, les héritiers Pouilly assignent la Compagnie royale d'assurances en la personne du sieur Arnaud, son agent à Bordeaux, à l'effet de payer une somme de 25,000 francs dont la société se trouve débitrice à leur égard, par suite d'une police d'assurance passée en 1819. Jugement qui rejette cette demande.

« Sur l'appel, et en 1832, les héritiers Pouilly ayant appris que le sieur Olive était l'agent liquidateur de la Compagnie, le mettent en cause, et obtiennent, le 18 mai 1832, un arrêt qui le condamne à payer le montant de la somme réclamée.

« Cet arrêt ne put être exécuté contre Olive, en état d'insolvabilité. Les héritiers Pouilly actionnèrent alors les sieurs André et Cottier pour les faire condamner à satisfaire à la condamnation prononcée par l'arrêt, jusqu'à concurrence du montant de leurs actions qu'ils n'auraient pas versé dans la société. Ces derniers opposent la prescription de cinq ans édictée par l'art. 64 C. comm.

Cette prétention devait-elle, pouvait-elle être accueil-

lic? Non, évidemment. Non pas que nous admettions, avec la Cour de Paris, que les poursuites contre le liquidateur eussent interrompu la prescription, mais uniquement parce que la prescription n'avait pas même commencé de courir en faveur de qui que ce fût.

En effet, non-seulement l'arrêt ne constate pas que la dissolution et l'organisation de la liquidation eussent été publiés conformément à la loi, mais encore il laisse supposer le contraire, en parlant de l'ignorance dans laquelle les héritiers Pouilly s'étaient trouvés à cet égard, ignorance inadmissible si les formalités voulues par la loi eussent été remplies.

Dès lors, la condition exigée par l'article 64 pour que la prescription fût invoquée n'ayant pas été remplie, les associés non liquidateurs n'étaient pas même recevables à s'en prévaloir; elle n'avait pas même commencé de courir, puisque la loi ne lui fixe pour point de départ que le jour de l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par les art. 42, 43 et suiv. C. de comm., et que le caractère exceptionnel de l'article 64 ne permet pas de s'écarter de la rigueur des conditions qu'il exige.

Or, comme les arrêts n'ont de valeur que *secundum subjectam materiam*, il est permis de croire que la Cour de Paris n'a admis l'interruption de la prescription qu'à cause du défaut de publicité de la dissolution et de la liquidation. Mais, à ce point de vue, son arrêt serait incomplet : il ne pouvait y avoir simplement interruption ; il y avait absence complète de toute prescription.

686. Nous venons de dire que le principe de la prescription quinquennale édictée par l'article 64 reposait sur une présomption de novation dans le débiteur, de remise de la dette en faveur de l'associé contre lequel aucune poursuite judiciaire n'avait été dirigée. De là, cette conséquence que cette présomption ne le cède qu'à la volonté contraire manifestée par des actes conservatoires, ou par une poursuite. A défaut, la prescription est acquise, et son effet est péremptoire et absolu. Elle peut être invoquée par tous les associés non liquidateurs.

Cependant, des difficultés se sont élevées à l'endroit des associés commanditaires. Ceux-ci, a-t-on dit, ne peuvent, en l'absence de faillite, être poursuivis que si l'actif est insuffisant pour éteindre les dettes. Or, cette insuffisance ne peut résulter que de la liquidation. Comment donc permettre de prescrire un droit avant même qu'il puisse être exercé.

Mais l'article 64 ne distingue pas la nature de la société. Il libère, après cinq ans, les associés, à la seule condition qu'ils ne soient pas liquidateurs. Donc, la doctrine que nous venons de rappeler introduirait une exception inadmissible, par cela seul que le législateur ne l'a pas formellement autorisée. C'est ce que la Cour de cassation a souverainement jugé, par arrêt du 21 juillet 1835.

Dans cette espèce, l'associé commanditaire avait été remboursé de sa mise; on lui en demandait le rapport. Sur cette poursuite, il opposait au créancier, d'une part, que par une convention à forfait avec le liquida-

teur il était dégagé de toute obligation de payer les dettes ; d'autre part, que plus de cinq années s'étant écoulées, avant la demande, depuis la dissolution légalement publiée, il était à l'abri de toute poursuite.

Le créancier poursuivant répondait que l'article 64 C. comm. n'était point applicable au commanditaire, parce que les tiers ne pouvant agir contre lui qu'après épuisement de l'actif social, il fallait que la liquidation fût terminée, et qu'il en résultât l'impossibilité de payer les dettes pour qu'on pût exiger ou le versement de la mise s'il n'avait pas été fait, ou le rapport de la somme indûment restituée à l'associé commanditaire, ce qui excluait la disposition de l'article 64.

La Cour de Montpellier n'ayant pas accueilli ce système, son arrêt fut dénoncé à la Cour suprême, comme violant les art. 64 et 26 C. comm., mais le pourvoi fut rejeté.

« Attendu, en fait, qu'il a été constaté que la dame Chivaud était une associée non liquidatrice, et que l'action dirigée contre elle l'a été plus de cinq ans après l'expiration de la société, dont l'acte avait été affiché et publié dans les formes voulues par le Code de commerce ;

« Attendu, en droit, que l'art. 64 C. comm. déclare prescrites par cinq ans toutes les actions formées contre les associés non liquidateurs, sans établir aucune distinction sur la nature de la société à laquelle s'applique la liquidation;

« Qu'ainsi l'arrêt attaqué, en déclarant prescrite l'action du demandeur, loin d'avoir faussement appli-

qué l'art. 64 du Code de commerce et violé l'art. 26, n'en a fait qu'une juste application[1]. »

Nous considérons la doctrine de cet arrêt comme parfaitement juridique; l'art. 64 nous paraît, en effet, avoir voulu punir la négligence non justifiée. Nous n'hésitons pas à qualifier ainsi celle qui s'adresserait au commanditaire dans la double hypothèse du versement de la mise non encore effectué ou du rapport de cette mise indûment restituée.

Dans la première hypothèse, il est vrai que l'absence de faillite enlève au créancier toute action directe; mais la mise n'en demeure pas moins une créance de la liquidation destinée à en payer les dettes. L'intérêt que le créancier a à ce payement l'autorise donc à agir au nom du liquidateur, si celui-ci néglige de le faire. Dès lors ce créancier est en demeure de poursuivre; et si son inaction se prolonge pendant plus de cinq ans, il ne pourra recourir contre le commanditaire qu'après avoir fait condamner le liquidateur et pour la portion afférente à ce dernier dans cette condamnation.

Dans la seconde hypothèse, la poursuite contre le commanditaire aura le grand avantage de conserver le droit du créancier contre lui. Ainsi, si celui-ci oppose la suffisance de la liquidation, il sera sursis à statuer jusqu'après la reddition des comptes du liquidateur; mais la prescription se trouvera forcément suspendue jusqu'après cette reddition.

[1] D. P., 35, 1, 450.

Ainsi les créanciers ont, dans tous les cas, intérêt à attaquer le commanditaire et ils sont recevables à le faire. Si leur inaction s'est prolongée au delà de cinq ans, la prescription est acquise à ce dernier comme à tous les associés non liquidateurs.

687. Nous admettons donc parfaitement la doctrine de la Cour de cassation ; ce que nous repoussons absolument, c'est cette conséquence qu'on a voulu déduire de son arrêt, à savoir que l'action du liquidateur ou autres associés, contre les coassociés, se prescrit par cinq ans, comme celle des créanciers. C'est le sens que lui donne M. Dalloz dans le sommaire qu'il fait de l'arrêt : la prescription de cinq ans accordée par l'art. 64 C. de com., à l'égard des actions formées contre les associés commanditaires, est applicable non-seulement aux actions intentées par les associés entre eux, mais encore à celle des associés de la société.

Telle était, en effet, la question que l'arrêt lui-même semble poser sur le moyen unique tiré, dit la Cour de cassation, de la fausse application de l'art. 64 et de la violation de l'art. 26 C. comm., en ce que l'arrêt dénoncé a décidé que la prescription de cinq ans s'applique à l'action qui appartient au liquidateur ou aux créanciers d'une société en commandite, dirigée contre le commanditaire pour le contraindre à restituer le montant de la commandite qu'il aurait retiré avant la liquidation de la société et le payement des dettes.

Mais c'est là une erreur matérielle. L'arrêt déféré à la Cour suprême ne s'occupait que de l'action directe des tiers contre l'associé. Il se garde bien de la confon-

dre avec celle du liquidateur, de laquelle il la distingue parfaitement comme l'avait fait le tribunal lui-même.

En effet, devant ce premier degré de juridiction, il paraît que le créancier poursuivant excipait de sa double qualité, celle de créancier lui donnant l'action directe, celle d'ayant cause du liquidateur lui permettant de faire valoir les droits de celui-ci. Le tribunal écarte la première action par application de l'art. 64. Quant à l'action indirecte, ce n'est plus dans cette disposition que le tribunal va chercher les éléments de solution. L'examinant au fond, il considère que le traité dont on demande la nullité ayant été fait en 1826, c'est-à-dire sept ans avant la faillite de l'ancien gérant resté seul associé, avait été consenti à une époque où ce dernier était libre de faire tous les actes convenables à ses intérêts; qu'en conséquence, valable en ce qui le concernait, le traité l'était également pour ses ayants cause, ne pouvant avoir de plus grands droits que lui.

L'arrêt confirmatif du jugement en adopte les motifs en ajoutant : « Attendu, au surplus, que le traité d'entre la dame Chivaud et le sieur Coptier jeune a été fait de bonne foi. »

Nous avons donc raison de le dire, devant aucun des degrés de juridiction on n'a confondu l'action du créancier et celle du liquidateur. Ce n'est pas par la prescription de l'art. 64 que cette dernière a été repoussée, c'est par son examen et son appréciation au fond, qu'on n'a pas même osé attaquer devant la Cour de cassation.

Le pourvoi ne repose que sur le moyen unique de

l'application de l'art. 64 à l'associé commanditaire, application signalée comme faisant courir la prescription contre un créancier empêché légalement d'agir avant la liquidation. C'est cette unique difficulté que résout la Cour de cassation.

On ne peut donc trouver dans ce monument de jurisprudence une doctrine contraire à celle que nous avons adoptée, à savoir, que la disposition de l'art. 64 se rapporte exclusivement à l'action directe des créanciers, et que le recours des associés entre eux dure trente ans[1].

Ainsi donc, les associés non liquidateurs sont libérés de l'action directe des créanciers, s'ils n'ont été personnellement poursuivis dans les cinq ans de la dissolution. C'est là une exception aux principes ordinaires en matière de prescription. Le législateur ne se l'est pas dissimulé, il l'a cependant formellement consacrée, cédant en cela à l'intérêt général du commerce, qui lui a paru l'exiger ainsi.

688. Ce caractère exceptionnel de l'art. 64 ne doit point être négligé. Il en résulte en effet que son application est absolument subordonnée à la réalisation des conditions qu'il prescrit, à savoir, la dissolution et la liquidation de la société; la notification de l'un et de l'autre par les moyens indiqués par les art. 42, 43, 44 et 46 C. comm.

1° Dissolution de la société et sa liquidation. Tant que la société existe, la responsabilité des associés

[1] Voir *sup.*, n. 580, et *inf.*, n. 705 et suiv.

obéit au droit commun dans les limites tracées par la loi commerciale. Ainsi les associés en nom collectif sont indéfiniment et solidairement tenus. Les commanditaires et les actionnaires d'une société anonyme jusques à concurrence de leurs actions ou de leur mise, sauf le cas d'immixtion pour les premiers.

La fin de la société déplace les positions et les intérêts; il n'y a plus alors qu'à régler les rapports entre les associés et les créanciers. C'est à l'occasion de ce règlement que l'art. 64 a été édicté ; il est donc évident que sans la dissolution, en déterminant sa nécessité, l'art. 64 resterait sans objet et sans but.

689. Cependant, il n'est pas indispensable que la société soit réellement dissoute. Il y a dissolution toutes les fois que le personnel se modifie, et qu'un ou plusieurs associés se retirent ; pour eux cette retraite est la fin de la société et crée la nécessité de séparer celle qui va suivre de celle qui a existé jusqu'alors. Le passif auquel ils sont tenus se compose des dettes contractées antérieurement à leur retraite et doit être payé au moyen de l'actif social. Il y a donc dans les mesures à prendre pour réaliser celui-ci et éteindre celui-là une véritable dissolution, suivie d'une liquidation, dont la société nouvelle se trouve de plein droit chargée [1].

Le système contraire a été cependant soutenu. L'art. 64, a-t-on dit, prononce que toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites par cinq ans

[1] Voir *inf.*, n. 713.

après la fin ou la dissolution de la société, si, etc......, les termes mêmes dans lesquelles cette disposition est conçue repoussent sous deux rapports l'application qu'on voudrait en faire à la retraite d'un seul associé;

1° Cet article a en vue la fin ou la dissolution d'une société, c'est-à-dire, le cas où la société cesse complétement d'exister, soit par l'échéance du terme que les contractants avaient d'avance fixé pour sa durée, soit par la séparation de la totalité des membres qui la composent. Or, un seul associé se retirant, la société n'en subsiste pas moins pour les autres associés; il n'y a donc ni fin, ni dissolution de la société; l'art. 64 ne saurait, dès lors, être invoqué;

2° Cet article fût-il applicable, il faudrait encore l'écarter par la raison qu'il n'établit de prescription quinquennale qu'en faveur des associés non liquidateurs, ce qui suppose nécessairement qu'à côté de ceux-ci se trouvent des associés liquidateurs. Or, cette condition est irréalisable quand, un seul associé se retirant, la société continue et ne liquide pas.

690. Tels étaient les motifs invoqués à l'appui d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Montpellier du 26 août 1829, consacrant le système contraire. Mais ce pourvoi fut rejeté par la Cour suprême, et devait l'être. C'est, qu'en effet, il y a dissolution et fin de la société pour l'associé qui l'abandonne, et qui a dès lors intérêt à s'affranchir de la responsabilité pour tout ce qui a été fait jusque-là; or, quelle justice y aurait-il à prolonger cette responsabilité pendant toute la durée de la société et cinq ans au delà.

Le reproche du défaut de liquidation et celui d'absence de société nouvelle ne sont pas plus fondés l'un que l'autre. Bien que l'ancienne société continue, il n'y en a pas moins société nouvelle, car le personnel n'est plus le même. La gestion de celle-ci n'est pas autre chose que la liquidation de la précédente, car elle aura pour objet d'en éteindre le passif, soit par un payement, soit en le confondant avec celui de la nouvelle société [1].

Il y a donc réellement dans la retraite d'un seul associé et une liquidation et une dissolution, et l'un et l'autre, nous l'avons dit, sont une des conditions essentielles de l'application de l'art. 64.

691. La loi n'a nulle part fait une obligation de la liquidation et du choix d'un liquidateur. Elle admet seulement l'un et l'autre, les associés sont donc libres d'en agir à leur convenance, ils peuvent, réalisant la liquidation, se partager l'actif à recouvrer, le passif à éteindre ; ou bien, renvoyant le partage à une époque ultérieure, déclarer que la liquidation sera en attendant faite par eux tous.

Dans l'un et dans l'autre cas, l'art. 64 est inapplicable. Il y aura bien dissolution, mais la liquidation ne se sera pas réalisée. Or, c'est surtout cette dernière que cet article suppose, en distinguant les associés liquidateurs de ceux qui ne le sont pas; cette distinction est impossible dans les hypothèses que nous admettons. Tous les associés ont réellement été liquidateurs;

[1] Cass., 7 juin 1830.

aucun d'eux ne serait, dès lors, recevable à invoquer le bénéfice exclusivement réservé aux non-liquidateurs.

Ces raisons, puisées dans le texte de la loi, se corroborent par son esprit. Ce qui a fait admettre la différence, si considérable dans la prescription opposable aux divers associés, c'est que les non-liquidateurs n'ont en leur possession aucune des ressources sociales; que les livres, écritures, valeurs, livres, fonds communs, sont entre les mains des liquidateurs, tenus dès lors de faire face aux diverses réclamations des créanciers, auxquelles ils sont présumés être en position de satisfaire, ainsi qu'à faire face aux demandes des divers créanciers. L'absence de liquidation fait disparaître cette condition; alors les ressources sociales sont réellement dans les mains de tous les associés. Ils sont, dès lors, tous placés dans l'exception que l'art. 64 accepte pour les associés liquidateurs; on doit en conséquence les traiter comme tels.

Ainsi donc l'application de l'article 64 est rigoureusement subordonnée à l'existence d'un liquidateur. On objectera, sans doute, que c'est là créer une nouvelle et quatrième condition sur laquelle le législateur est complétement muet; qu'en effet l'article 64 n'exige que le concours de trois conditions : la première, que la société soit dissoute; la seconde, que la dissolution en soit notifiée au public; la troisième, qu'à cette notification ait succédé un laps de cinq ans, sans poursuite judiciaire; que, du moment que ce concours se réalise, la prescription est acquise; et qu'on ne peut pas

l'écarter sous le prétexte du défaut d'une quatrième condition, qui n'est pas expressément écrite dans la loi.

A cette objection qu'il s'adresse, Merlin répond : « De ce que la nomination d'un liquidateur n'est pas écrite textuellement au nombre des conditions du concours desquelles la loi fait dépendre la prescription quinquennale, il ne s'ensuit pas qu'elle n'y soit pas mise implicitement; et il faut bien l'y sous-entendre, si elle est dans la nature des choses. Or, comment ne pas la regarder comme telle, lorsqu'on réfléchit au motif de la loi, lorsqu'on fait attention qu'elle n'accorde aux associés le bénéfice de la prescription quinquennale qu'autant qu'ils ne sont pas liquidateurs, et, par conséquent, qu'en considération de ce qu'ils sont dessaisis des fonds de la société; que parce que, d'après les mesures qu'ils ont prises pour se débarrasser de la liquidation du passif social, ils ont placé ces fonds dans les mains de l'un d'eux [1] ? »

692. La nomination d'un liquidateur est donc dans les prévisions de la loi. Faut-il que ce liquidateur soit un associé, pour que les autres associés soient admis à invoquer le bénéfice de la prescription quinquennale ?

C'est là encore une question qui, en l'absence d'une disposition expresse de la loi, ne peut être résolue que par les motifs auxquels le législateur a obéi. Or, ces motifs, tels que nous les avons déjà rappelés, amènent à adopter l'affirmative.

[1] *Quest. de droit*, v° *Soc.*, § 11, n. 2.

Il est d'abord à remarquer que cette solution s'induirait, en quelque sorte, du texte même de l'article 64. En restreignant la prescription quinquennale aux associés non liquidateurs, ne met-il pas ceux-ci en opposition avec les associés liquidateurs? Comment distinguer entre eux si aucun des associés n'est de fait investi de cette qualité ?

D'ailleurs, le motif de la loi supposant que les uns sont absolument dessaisis, tandis que les liquidateurs sont nantis de toutes les ressources suffisantes à l'extinction de l'actif, ne fait-il pas arriver à un résulttat identique? Si l'application de l'article 64 est la conséquence de cette double circonstance, ne faut-il pas reconnaître que, dans notre hypothèse, cette application deviendrait un effet sans cause?

D'ailleurs, ce qui a été considéré comme une atténuation de la rigueur de la position que l'art. 64 fait aux tiers créanciers, c'est que s'ils perdent, après cinq ans, tout recours contre les non-liquidateurs; ils conservent pendant trente ans leur action contre les liquidateurs. Or, à quoi leur servirait ce recours, si le liquidateur, étant étranger à l'ancienne société, ne pouvait être tenu qu'à raison de la liquidation, et jusqu'à concurrence des rentrées par lui opérées?

Ajoutons que lorsque le liquidateur est choisi en dehors des associés, il devient en réalité le simple mandataire de ceux-ci : *Qui mandat ipse fecisse videtur.* Dans ce cas, les ressources sociales sont entre les mains des associés. Ce sont eux qui les administrent, qui les liquident par le moyen d'un préposé. Ils doivent dès

lors rester chargés de la responsabilité du passsif.

Ainsi, l'article 64 ne peut être invoqué que lorsqu'il il y a un liquidateur, et que ce liquidateur est pris parmi les associés. Il est inapplicable dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il n'y a pas de liquidateur, ou si celui qui en a reçu la qualité est étranger à l'ancienne société.

693. Cet article est également sans application au cas d'une dissoluion par suite de la faillite. Cette conséquence ressort clairement de la discussion législative que nous avons rapportée. « S'il y a faillite, disait M. Ségur, l'article cesse d'être applicable. » Et cette proposition trouva si peu de contradiction, que, dans le résumé de la discussion, le prince archichancelier, faisant remarquer que le système de l'article 64 ne pouvait convenir au cas où il y avait faillite, ajoutait : « Mais il est avoué que son effet cesse dans cette hypothèse [1]. »

Il est vrai que l'archichancelier exprime le désir que la rédaction s'en explique, et que cette rédaction ne s'est pas conformée à ce désir. Que faut-il conclure de son silence? Peut-on en tirer la conséquence que l'article doit être appliqué malgré la faillite? Evidemment, non, sous peine de méconnaître les principes et de violer l'esprit de la loi.

Celle-ci exige bien, pour l'application de l'article 64, qu'il y ait dissolution et liquidation, et cela se réalise dans le cas de faillite; mais le caractère de l'une et de

[1] Locré, t. XVII, p. 277.

l'autre, dans cette hypothèse, est tel qu'on ne saurait les confondre avec la dissolution et la liquidation accidentelles ou conventionnelles.

Ce qui distingue cette dernière, c'est qu'elle présuppose la solvabilité de la société dont l'actif est présumé suffisant pour éteindre et solder l'intégralité du passif. Aussi la loi se garde-t-elle d'intervenir ; elle s'en remet pour le mode et les formes de la liquidation, ainsi que pour le choix du liquidateur, à la volonté libre des associés. Il y a même plus ; cette présomption de suffisance de l'actif est telle aux yeux du législateur, qu'il en tire, comme conséquence, la responsabilité pendant trente ans de l'associé liquidateur.

La déclaration de faillite est, au contraire, la constatation légale de l'insolvabilité de la société et de son impossibilité de faire face aux dettes. Dès lors la liquidation en est exclusivement réglée par la loi. Elle ne saurait, sous aucun prétexte, appartenir ni être exercée par un associé ; elle n'a d'autre terminaison possible que le concordat ou le contrat d'union.

Si concordat, la société et par conséquent ceux qui la composent ne doivent plus rien que le dividende convenu ; l'excédant de la dette est éteint par la remise qui en est consentie, et ne pourrait, dans aucun cas, devenir une occasion de recherche contre les associés. Il y a donc novation dans la dette, et le payement du dividende peut être demandé pendant trente ans. Le refus de le réaliser ramènerait d'ailleurs l'état de faillite, et annulerait le concordat.

Si contrat d'union, la liquidation est complétée par

les syndics chargés de répartir l'actif après l'avoir réalisé, les conséquences pour les débiteurs sont réglées par la loi. L'art. 539 leur fait une condition différente, suivant qu'ils ont été déclarés excusables ou non.

Tout cela est tellement exclusif de l'application de l'article 64, que si le législateur a gardé le silence sur cette application, c'est qu'il a considéré la question comme tranchée par l'évidence même.

Comment d'ailleurs concilier cet article avec la défense faite aux créanciers d'une faillite de poursuivre en leur nom contre le failli. Comment, en effet, les créanciers pourraient-ils acquérir contre le failli de plus grands droits que ceux que leur confère la déclaration de faillite? Toutes les poursuites qu'ils pourraient diriger isolément et personnellement n'auraient donc d'autre résultat que de multiplier fort inutilement les frais.

La loi les a, dès lors, fort rationnellement prohibées; mais par cela même les créanciers dispensés d'agir ne pouvaient être contraints de le faire comme l'exige l'article 64. Nouvelle et décisive raison de déclarer cet article inapplicable en matière de faillite.

2° *Publicité de la dissolution et de la liquidation.*

694. La prescription est une véritable peine de la négligence que le créancier met à poursuivre ses droits. Elle n'est donc légitime et juste que lorsque cette négligence existe, que lorsqu'elle a pu être évitée. Tout cela n'est admissible qu'à partir du moment où le créancier a été légalement mis en demeure d'agir.

La connaissance de la dissolution et de la liquidation constitue cette mise en demeure. Elle indique aux créanciers la nécessité d'agir, en leur signalant la possibilité de l'application de l'article 64, et partant du bénéfice de la prescription quinquennale courant contre eux au profit des associés non liquidateurs. Elle les met donc à même de s'y soustraire par leur diligence contre chacun d'eux.

Or, en matière commerciale et pour ce qui concerne les sociétés spécialement, la loi n'admet la connaissance des tiers que par l'accomplissement des formalités qu'elle prescrit dans les articles 42, 43 et 44 C. de comm. C'est également à leur exécution qu'elle subordonne la prescription quinquennale qu'elle édicte dans l'article 64.

695. Seulement elle fait une distinction que commandait, ce semble, la nature des choses.

S'agit-il de la dissolution de la société par l'expiration du terme convenu pour sa durée, les cinq ans courront du jour de la fin de la société, si l'acte de société a été publié dans les formes légales. La société n'existe plus dès que son terme conventionnel est échu. Les créanciers, mis à même de connaître ce terme, n'ont pas eu besoin d'un nouvel avertissement que l'article 46 ne prescrit que dans le cas où la société serait continuée.

Que s'il s'agit d'une dissolution avant terme, son caractère accidentel et imprévu exigeait que les tiers en fussent instruits par les voies ordinaires. Aussi, non-seulement l'article 64 exige-t-il que cette dissolution

soit publiée et affichée ; mais encore il ne fait courir le délai de la prescription que du jour de l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 42, 43, 44 et 46 C. de comm.

Cette interprétation de l'article 64 à l'endroit du point de départ de la prescription a été contestée. M. Delangle, notamment, portant la parole devant la Cour de cassation, soutenait que le fait de la dissolution de la société faisait courir la prescription. S'appuyant sur la rédaction grammaticale de l'article 64, cet éminent magistrat faisait remarquer que cette prescription avait nécessairement pour point de départ la dissolution même de la société, lorsque d'ailleurs cette dissolution avait été rendue publique dans les formes et dans les délais légaux.

696. Mais après une longue et mûre délibération cette doctrine fut repoussée par la Cour suprême. L'arrêt rendu par la Chambre civile, le 24 novembre 1845, consacre que la prescription ne court que du jour de l'accomplissement des formalités de publication. Voici les motifs que la Cour invoque :

« Attendu, en droit, que la dissolution d'une société, avant le terme fixé par l'acte qui la constitue, ne peut faire courir, contre les tiers, la prescription quinquennale établie par l'article 64 C. de comm., que si les tiers ont été avertis de cette dissolution par l'affiche et la publication de l'acte contenant la convention ;

« Attendu, en effet, qu'une prescription ne peut courir contre qui ne peut agir ; que les tiers ne sont pas mis légalement en demeure d'agir, en vertu d'un

acte de dissolution qui n'a point été porté à leur connaissance par les moyens et dans les formes établis par la loi ;

« Attendu que l'article 64, après avoir dit que les actions seront prescrites par cinq ans après la dissolution de la société, si l'acte de dissolution a été dûment affiché et enregistré, ajoute que c'est depuis cette formalité remplie qu'il y a lieu de considérer si la prescription a été interrompue par une poursuite judiciaire, et que cette dernière disposition indique suffisamment le sens véritable de l'article entier, sens conforme aux principes généraux sur la prescription [1].

En d'autres termes, la Cour de cassation interprète l'art. 64 par l'application rationnelle de la maxime, *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Elle exige pour que la prescription puisse courir que les créanciers soient mis en position, et par cela même en demeure d'agir.

Or, cette mise en demeure ne peut résulter du fait de la dissolution, excepté dans un seul cas, à savoir : lorsque l'acte social ayant été publié, la dissolution arrive par l'expiration du terme fixé à la durée de la société. Dans tous les autres cas, la dissolution a pu et dû être ignorée des créanciers, mais cette présomption d'ignorance cesse de plein droit, lorsque ce fait a reçu la publicité légale. C'est donc celle-ci qui est la véritable mise en demeure, et c'est du jour de son

[1] J. D. P., t. II, 1845, p. 673.

accomplissement que le délai de la prescription doit être calculé.

A ces considérations rationnelles, la Cour de cassation ajoute celle tirée du texte même de l'art. 64; cet article exige d'abord la publicité, il ajoute ensuite : et si depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue par aucune poursuite judiciaire. N'est-ce pas là fixer expressément le point de départ de la prescription au jour de l'accomplissement de la publicité ?

697. Il résulte de ce qui précède que la prescription quinquennale, créée par l'art. 64, a un point de départ différent, selon qu'il s'agit de la dissolution de la société par l'expiration du terme, ou d'une dissolution conventionnelle et accidentelle. Dans cette dernière hypothèse, c'est l'accomplissement des formalités de publication qui fait courir la prescription. Dans la première, c'est la fin de la société.

Mais l'art. 64 suppose que l'expiration du terme a réellement amené la fin et la dissolution effective. En conséquence, si la société avait été de fait continuée, les créanciers ne pourraient être écartés par la prescription quinquennale. Ceux-ci ont donc le plus grand intérêt à exciper de cette continuation, à en démontrer l'existence, ce qu'ils seraient recevables à faire par la preuve testimoniale.

L'effet de cette continuation serait non-seulement d'écarter toute application actuelle de l'art. 64, mais encore de la subordonner dans l'avenir à la dissolution légalement publiée. Ce qui résulte de cette continuation,

c'est que la société n'ayant pas fini avec le terme qui lui était assigné n'en a plus aucun ; que dès lors la dissolution ne peut plus être qu'accidentelle ; qu'en conséquence la prescription ne commencera de courir que de l'accomplissement des formalités pour rendre la dissolution publique [1].

698. Telles sont les conditions auxquelles le législateur subordonne l'application de l'art. 64. Leur réalisation détermine la libération absolue et définitive des associés non liquidateurs, libération à laquelle nulle considération ne pourrait mettre obstacle.

En effet, la prescription de l'art. 64 est impérative et absolue ; elle doit être admise alors même qu'il serait prouvé que la dette réclamée n'est pas acquittée. Nous l'avons déjà dit, la présomption que cette prescription fait naître est non pas celle d'une libération de l'ancien débiteur, mais celle d'une novation dans la dette, d'une remise consentie en faveur des non-liquidateurs. Cette présomption est définitivement acquise par le seul laps de cinq ans écoulés sans poursuites ; et comme elle exclut toute preuve contraire, les tribunaux ne pourraient légalement en refuser le bénéfice à celui ou à ceux qui seraient fondés à le réclamer.

699. Dans la discussion de l'art. 64 au Conseil d'État, M. Réal demandait si la prescription de cinq ans courait contre les mineurs ? Le prince archichancelier répondit que, de droit commun, la prescription était suspendue par la minorité : *contra non valentem agere*

[1] Pardessus, n. 1090. Troplong, n. 1049.

non currit præscriptio; mais qu'il faudrait que la rédaction fît apercevoir ce principe[1].

Pour la seconde fois, ce vœu n'a pas été rempli. L'article définitivement adopté est muet sur ce qui est relatif au mineur. Que faut-il conclure de ce silence? que la prescription n'est pas opposable au mineur? C'est, en effet, ce que M. Locré enseigne dans l'*Esprit du Code de commerce*.

Mais cette opinion n'est pas acceptable; elle ne pourrait trouver un fondement quelconque dans la discussion législative, la demande de M. Réal et la réponse de l'archichancelier ne pouvant être considérées comme tranchant définitivement la question.

Il résulte, au contraire, de la dernière, que l'article aurait dû s'en expliquer; et cette observation était fort juste, car le bénéfice réclamé pour les mineurs était une exception au droit commercial. Or, comment admettre qu'on puisse en consacrer aucune si la loi ne s'en explique pas formellement?

Or, il est de doctrine que toutes les fois que le Code de commerce établit ses prescriptions en termes généraux, il régit les mineurs comme les majeurs; c'est ce que M. Locré enseigne lui-même à l'endroit de l'article 189 C. comm. « Ces mots, *toutes actions*, dit-il, « en traitant de cet article, qui excluent toute exception, quelle qu'elle soit, font aussi courir la prescri-« ption contre les mineurs non marchands et contre les

[1] Locré, t. XVII, p. 278.

« interdits, conformément au droit établi par l'ordon-
« nance de 1673. Il ne faut pas parce qu'une lettre de
« change ou un billet à ordre tombe, par succession ou
« autrement, entre les mains d'un incapable, que tou-
« tes les opérations commerciales dont cet effet a été
« ou est encore l'instrument soient suspendues. C'est
« ainsi que le Code civil, qui établit la règle générale
« que la prescription ne court pas contre les mineurs
« et les interdits, fait cependant cesser cette règle à l'é-
« gard des actions dont la durée ne peut se prolonger
« sans inconvénients. Il n'est donc plus d'action ré-
« sultant, soit d'une lettre de change, soit d'un billet
« à ordre, quand il est effet de commerce, qui ne tombe
« sous la prescription quinquennale. »

Telle est l'opinion que professe également M. Pardessus. « La prescription de l'art. 189, dit-il, court
« contre toute personne, même contre les mineurs, les
« interdits et les absents. Quoique le Code de com-
« merce n'en contienne point de dispositions formelles,
« on ne saurait conclure de son silence qu'il faille ap-
« pliquer, dans ce cas, la règle qui met ces individus à
« l'abri de la prescription. Outre que cette règle avait
« déjà reçu dans le Code civil une première modifica-
« tion par l'art. 2278, on ne doit pas perdre de vue que
« ce même Code avait posé en principe, dans son ar-
« ticle 1107, que les transactions commerciales sont
« assujetties à des règles particulières qui sont établies
« par les lois du commerce. On peut conclure de la
« généralité des expressions de l'art. 189, qu'on ne
« saurait admettre aucune exception, puisqu'il soumet

« à la prescription *toutes actions*, sans distinction de « ceux à qui elles appartiennent[1]. »

Voilà donc le droit commun en matière de commerce. Là où les expressions de la loi sont générales, s'agit-il d'une prescription, d'une déchéance, elle régit les mineurs et les incapables, comme tous le autres majeurs. On comprend pourquoi le prince archichancelier, après avoir cité le principe de droit civil relatif à l'interruption de la prescription par la minorité, demandait que ce principe fût rappelé dans l'art. 64.

Or, non-seulement ce rappel n'a pas eu lieu, mais encore on a conçu la disposition en termes généraux identiques à ceux de l'art. 189 : « *Toutes* actions contre les associés, » dit l'article. Il faut donc, de toute nécessité, appliquer à l'article 64 tous les effets qu'on déduit de l'art. 189. Si les mineurs et les interdits, dit Merlin, sont compris dans la disposition de l'art. 189, il n'y a ni ne peut y avoir aucune raison pour ne pas les comprendre légalement dans la disposition de l'art. 64[2].

Telle est aussi la conclusion à laquelle arrive M. Delangle. Après avoir rappelé l'unanimité de la doctrine sur les effets de l'art. 189, M. Delangle ajoute : « La « rédaction de l'art. 64 est identique à celle de « l'art. 189, elle doit donc avoir le même sens et les « mêmes effets.

« La loi civile elle-même a posé le principe de cette « solution dans l'art. 2278, en soumettant le mineur « comme le majeur à la prescription, dans les cas où

[1] *Des Lettres de change*. n. 331.

[2] *Rép.* v° Soc., sect. 6, n. 4.

« la réclamation ne pouvait sans inconvénients être « ajournée au delà d'un certain temps, à plus forte « raison le faut-il appliquer aux sociétés commer- « ciales, où le premier besoin est de fixer les positions, « afin que, dégagé de ses premiers liens, le négociant « puisse entreprendre de nouvelles affaires en toute « sécurité [1]. »

Il serait impossible de rien ajouter à de si nombreuses, de si imposantes autorités. Nous nous bornons à conclure que la prescription court contre les mineurs et les interdits; que le décider autrement c'était détruire toute l'économie de la loi et en méconnaître l'esprit. Comment admettre en effet qu'elle n'ait pas voulu laisser pendant trente ans les associés non liquidateurs sous le coup de leurs engagements primitifs, si, au moyen de l'interruption par la minorité des créanciers successifs, ce terme pouvait non-seulement être atteint, mais même dépassé?

700. Un des plus importants effets de la prescription quinquennale de l'art. 64 est de placer les associés non liquidateurs à l'abri de toute déclaration ultérieure de faillite.

En principe, les créanciers d'une société qui ne sont pas payés peuvent provoquer sa mise en état de faillite. Ce qui résulte de là, c'est la faillite de tous les associés en nom collectif, que le jugement déclaratif doit nominalement comprendre, et dont la personne et les biens sont soumis aux mesures prescrites par la loi.

[1] T. II, p. 409, n. 727.

Ce droit incontestable, pendant la durée de la société, ne saurait être contesté après la dissolution, c'est ce qui a été reconnu formellement lors de la discussion au Conseil d'Etat; c'est ce qui résulte d'ailleurs de ce principe que la dissolution et la liquidation, n'ayant envers les tiers aucune force obligatoire, ne sauraient changer leurs droits, en altérer l'essence, en modifier la nature.

Mais une déclaration de faillite suppose d'une part une dette due et non payée, de l'autre, la qualité de débiteur chez la personne qui en est l'objet. Or, tout cela se réalise pour les associés non liquidateurs pendant les cinq ans de la liquidation. Rien donc que le payement effectif de la dette ne saurait, pendant cette période, les exonérer de la poursuite en faillite.

Mais les cinq ans expirés, ils sont définitivement libérés. La dette est éteinte, et avec elle disparaît toute obligation. Il n'y a donc plus aucun aliment possible à une déclaration de faillite, qui devient dès lors à tout jamais impossible.

Admettre qu'elle pût être requise, et que son effet pût rejaillir sur les non-liquidateurs, ce serait annuler l'art. 64, puisque l'action directe que cet article déclare éteinte par la prescription de cinq ans revivrait au moyen de la faillite, et qu'ainsi on atteindrait indirectement le but que la loi prohibe d'obtenir directement. La loi aurait donc retiré d'une main ce qu'elle donne de l'autre, ce qui est inadmissible.

En conséquence, la prescription quinquennale accomplie, les associés non liquidateurs sont définitive-

ment et à tout jamais libérés. Ils sont à l'abri de toutes recherches ultérieures de la part des tiers, et surtout d'une mise en état de faillite. Les créanciers sont censés avoir fait novation à leurs droits, s'être contentés de la garantie que leur offre la liquidation. C'est donc contre celle-ci que doivent se concentrer toutes leurs poursuites, et conséquemment elle seule qu'ils pourraient, s'il y avait lieu, faire déclarer en état de faillite.

Nous disons s'il y avait lieu. En effet, pour que la faillite du liquidateur soit possible, il faut que celui-ci soit personnellement obligé aux dettes. Or, cette obligation n'existe que si le liquidateur est un ancien associé. Ce n'est donc que dans ce cas que la faillite pourrait être utilement poursuivie, mais contre l'associé liquidateur seulement.

701. La responsabilité des liquidateurs est plus ou moins étendue, suivant qu'ils sont ou non associés. La liberté des associés dans le choix qu'ils sont appelés à en faire est entière et absolue. Ils peuvent donc revêtir de cette qualité, soit un associé ordinaire, soit un des associés commanditaires, soit un tiers étranger à la société.

Dans cette dernière hypothèse, le liquidateur n'est et ne peut être tenu qu'en sa qualité de mandataire, qu'à raison de sa gestion. Ainsi chargé d'administrer, il est responsable de sa faute, de sa négligence, à plus forte raison de son dol et de sa fraude, et tenu de réparer le préjudice en résultant, pouvant seul réaliser l'actif, percevoir les créances, il doit éteindre les dettes.

Il est même à cet effet contraignable par corps, mais seulement à l'endroit des sommes qu'il aurait réellement touchées. Il ne saurait être tenu sur ses autres biens que si, compte fait, il était constitué reliquataire d'une somme quelconque.

La responsabilité du liquidateur associé commanditaire est plus étendue ; mais elle est à son tour restreinte par sa qualité même. Un associé de ce genre n'a pas d'autre obligation que celle de verser sa mise ; ce versement le soumet à l'action personnelle. Donc, s'il ne l'a pas opéré avant ou depuis la liquidation, il pourra, en sa qualité de liquidateur, y être contraint pendant trente ans.

Mais du jour où il a complété le payement de sa mise, il est à tout jamais affranchi de l'obligation personnelle ; il ne peut être tenu à l'avenir qu'à raison de la liquidation, et comme le serait le tiers liquidateur étranger à la société.

Il n'y a plus aucune distinction à faire dans le cas d'un liquidateur associé ordinaire. Personnellement et solidairement tenu de toutes les dettes, il devra les payer à toute réquisition. Seulement, comme liquidateur, il devra payer avec les valeurs de la liquidation ; comme associé, il devra payer avec ses propres ressources [1].

702. On a agité l'importante question de savoir si le liquidateur associé ordinaire est tenu pendant trente ans, aussi bien comme obligé personnel que comme

[1] Troplong, art. 1872, n. 1045.

liquidateur, ou bien si l'obligation personnelle étant éteinte au bout de cinq ans, il ne peut être désormais recherché jusqu'après trente ans que par l'action du comptable?

Cette question paraît nettement tranchée par le texte même de l'article 64. La prescription quinquennale qu'il crée est une évidente exception au droit commun, d'où cette première conséquence forcée qu'elle ne pourra être invoquée que par ceux en faveur desquels elle a été nominativement introduite. Or, dans l'espèce, ceux-là sont les associés non-liquidateurs. Il est évident, dès lors, que les liquidateurs ne pourront s'en prévaloir, et demeurent soumis à la prescription trentenaire. Ils sont irrecevables à invoquer l'art. 64, précisément parce qu'ils ne remplissent pas la condition à laquelle se trouve subordonné le bénéfice qu'il confère.

703. La conséquence logique que nous en tirons ne saurait être méconnue; aussi MM. Malepeyre et Jourdain, qui enseignent l'extinction de l'obligation personnelle de l'associé liquidateur, par la prescription de cinq ans, n'hésitent pas à en reconnaître la justesse.

«Si nous nous arrêtons seulement à la lettre de la loi, disent ces estimables jurisconsultes, nous voyons qu'elle prononce la prescription seulement des actions contre les associés non liquidateurs; d'où il paraît résulter que cette prescription n'a pas lieu à l'égard des actions contre les associés liquidateurs.

« Mais si nous allons plus loin, si nous recherchons

l'esprit de l'article 64 du C. de comm., dans les motifs qui l'ont fait admettre, nous verrons que le législateur n'entendait réserver d'action contre les associés liquidateurs qu'en leur qualité de liquidateurs, et en raison de ce qu'ils étaient devenus les détenteurs des valeurs de la société, et nullement en leur qualité d'associés et comme personnellement obligés.

MM. Malepeyre et Jourdain s'en réfèrent aux procès-verbaux de la discussion de l'article au Conseil d'Etat; et après en avoir extrait diverses opinions, ils ajoutent : « Il résulte évidemment de ce qui précède que, dans l'esprit du législateur, l'action n'est conservée contre l'associé liquidateur que comme détenteur des valeurs de la société [1]. »

704. Ces arguments n'ont rien de sérieux. Qu'importe, en effet, le silence gardé par la loi sur l'action personnelle de l'associé? Cette action, conséquence de l'obligation sociale, est née avec l'engagement lui-même. Elle a donc préexisté à la liquidation, et ne saurait, dès lors, être modifiée par elle.

Le législateur n'avait donc à s'en préoccuper que s'il voulait en subordonner l'extinction à d'autres causes et dans un délai différent que ce que le droit commun consacre. Cette dérogation, qu'il était utile de prévoir, a été effectivement prévue, mais elle est exclusivement en faveur des non-liquidateurs. Serait-il possible de voir là l'extinction de l'obligation personnelle des liquidateurs associés ordinaires?

[1] P. 343.

Donc, en les excluant de l'exception, la loi les laisse soumis au droit commun. Sans doute une des raisons qui l'ont fait ainsi admettre est que le liquidateur nanti de tous les documents, de toutes les ressources, de tous les fonds sociaux, est chargé de payer les créanciers, est présumé pouvoir le faire, car l'absence de toute poursuite en déclaration de faillite suppose la solvabilité de la liquidation. Mais à ce motif s'en joint un autre. Si l'action contre les non-liquidateurs se prescrit par cinq ans, c'est que ces associés, s'étant dessaisis de tout, sont devenus en quelque sorte étrangers à la société, et qu'on ne doit pas les tenir trop longtemps sous l'obligation de payer ce qu'ils ont indiqué aux liquidateurs de payer. Or, cette condition comment pourra-t-elle jamais se réaliser pour un associé liquidateur?

La détention de l'actif social, loin d'être un motif d'extinction de l'obligation personnelle, est, au contraire, ce qui l'empêche de prescrire. Ce n'est, en effet, que parce qu'ils y ont renoncé que les associés non-liquidateurs sont, après cinq ans, affranchis de toute action de la part des créanciers.

Le système de MM. Malepeyre et Jourdain est donc inadmissible. Mais, loin de le croire ainsi, ces deux honorables jurisconsultes trouvent que seul il est en harmonie avec l'article 64.

« En effet, disent-ils, si l'action n'est conservée pendant trente ans, contre les associés liquidateurs, que comme détenteurs des fonds de la société, ne pouvant eux-mêmes être poursuivis qu'à raison des sommes

qu'ils ont reçues pour la société, ils n'auront jamais occasion de recourir par action personnelle contre les autres associés.

« Si, au contraire, on admettait que les associés liquidateurs pussent être poursuivis personnellement et indéfiniment par les créanciers de la société, il faudrait nécessairement leur reconnaître une action récursoire contre les autres associés, car autrement, par la négligence d'un créancier, et sans avoir pu l'empêcher, ils se trouveraient seuls obligés pour toute la dette sociale, ce qui serait inique. Mais ce recours ne serait autre chose qu'une action indirecte contre les associés autres que les liquidateurs, pour raison des engagements de la société, ce qui détruirait la disposition de l'article 64, qui déclare prescrites toutes actions contre les associés. »

705. MM. Malepeyre et Jourdain ne font ici que justifier une erreur par une erreur nouvelle. En effet, l'article 64 a bien la portée qu'ils lui refusent, c'est-à-dire que les seules actions qu'il déclare prescriptibles sont celles que les créanciers prétendraient exercer contre les associés non liquidateurs. Dès lors, il laisse l'action sociale à la prescription ordinaire.

Rappelons-nous la discussion au Conseil d'Etat. « On « n'a certainement pas calculé, disait M. Treilhard, « toutes les suites de cette disposition. Il en résulterait « que les associés conserveraient jusqu'après la liqui- « dation l'action sociale les uns contre les autres, « tandis qu'après cinq ans leurs créanciers n'en auraient « plus contre eux. »

Voilà donc l'interprétation législative qu'on faisait de l'article 64, et cette interprétation était acceptée par tous, seulement on la justifiait. « La durée de « l'action entre associés, disait M. Regnaud de Saint-« Jean d'Angely, importe peu aux tiers. Mais il importe « beaucoup aux associés que leurs actions se prolon-« gent, parce que les recouvrements et les comptes « peuvent entraîner un laps de temps considérable. Il « faut quelquefois plus de trente ans pour opérer les « recouvrements; dès lors, la prescription entre asso-« ciés ne peut être d'une moindre durée [1]. »

Il n'y a donc pas à en douter; les expressions de l'article 64, *toutes actions*, ne peuvent s'entendre que des actions que les tiers voudraient exercer contre les associés. Le terme de cinq ans, suffisant pour l'exercice de celles-ci, ne pouvait suffire à celui des actions des associés entre eux, car souvent le fait donnant lieu à l'action, c'est-à-dire la poursuite ou la condamnation en faveur d'un tiers, ne se réaliserait qu'après les cinq ans, et qu'ainsi on déclarerait prescrit un droit qui ne serait né qu'après l'accomplissement de la prescription.

A ces raisons, tirées des principes généraux du droit et de l'esprit de l'article 64, vient s'en joindre une autre tirée de son texte. La prescription est subordonnée à la publicité de la fin ou de la dissolution de la société. Ce n'est même que de l'accomplissement des formalités que cette publicité exige que le délai de cinq ans

[1] *Procès-verbal* du 19 février 1807, n. 37 et 47.

commence de courir. N'est-il pas évident, dès lors, que cet article ne dispose que pour les tiers? Est-ce que le défaut de publicité a jamais empêché les conventions entre associés de produire tous leurs effets du jour même de leur date [1]?

Le liquidateur a donc, même après l'expiration des cinq ans, un recours contre ses coassociés pour les faire contribuer dans le payement des sommes qu'il a dépensées dans l'intérêt commun. Tous, comme ses coassociés, ont le droit d'exiger de lui, avant comme après cette période, le partage des recouvrements par lui opérés. La doctrine que nous déduisons de l'article 64 est donc fondée sur la plus juste, la plus équitable réciprocité.

706. Est-il vrai, comme l'enseignent MM. Malepeyre et Jourdain, qu'elle détruit la disposition de l'art. 64? Nous avons déjà réduit ce reproche à sa juste valeur [2]. Qu'il nous soit permis de compléter notre démonstration par le rappel de la réponse qu'y fait M. Troplong.

« J'accorde que l'associé liquidateur, personnelle-« ment recherché après cinq ans, aura une action ré-« cursoire contre ses coassociés; l'opinion qui la lui « refuserait serait inique et absurde. Jamais les prin-« cipes d'égalité en fait de société, jamais les prin-« cipes d'équité en fait de mandat, ne permettront « d'opposer entre associés la prescription quinquen-« nale. Cette prescription n'est une arme que con-

[1] Delangle, n. 725.

[2] *Vid. sup.*, n. 680.

« tre les recherches tardives venues du dehors. Mais « de là je ne conclus pas, avec MM. Malepeyre et Jourdain, que les associés non liquidateurs perdent le « bénéfice que l'article 64 leur attribue ; car il y a une « grande différence entre l'action directe des tiers et « l'action récursoire de l'associé liquidateur : l'exem-« ption de celle-là est un bienfait réel, que ne détruit « pas l'exercice de celle-ci. D'abord, les coassociés en « nom collectif auraient pu être poursuivis solidaire-« ment et pour le tout; mais par l'effet du recours en « garantie, leur coassocié ne peut plus leur deman-« der que leur part et portion. Nos auteurs croient-ils « que ce soit là un médiocre avantage? De plus, l'ac-« tion directe les aurait obligés à payer sur-le-champ, « sans objection comme sans division. Mais sur l'ac-« tion récursoire, ils peuvent opposer à leur coasso-« cié toutes les exceptions personnelles qui militeront « contre lui. Il n'en faut pas davantage, dès lors, pour « trouver à l'article 64 une grande utilité, et en met-« tre le sens réel d'accord avec le sens apparent [1]. »

Qu'importe maintenant que les créanciers soient recevables, en vertu de l'article 1166 Code Nap., à exercer contre les associés l'action que pourrait intenter contre eux le liquidateur. La nature de cette action changera-t-elle entre leurs mains? En sera-t-elle moins purement récursoire ? Les associés perdront-ils le droit d'opposer toutes les exceptions qu'ils pourraient faire valoir contre le liquidateur lui-même ?

[1] N. 1051, *Conf.* Merlin, *Quest. de droit*, v° Soc., § XI, n. 5. Pardessus, n. 1090.

Or, parmi ces exceptions il peut s'en rencontrer une tellement péremptoire qu'elle est un obstacle invincible à toute action. Il n'est pas rare, en effet, qu'au moment de la dissolution, l'associé acceptant la liquidation traite avec ses coassociés, et se charge de cette liquidation à ses périls et risques moyennant un abandon ou un sacrifice convenu.

Evidemment cette convention, étrangère aux tiers créanciers, ne saurait leur être opposée; elle n'a pu altérer ni modifier leurs droits. En conséquence, les associés poursuivis par action directe ne pourraient se prévaloir du contrat; ils seraient obligés de payer, sauf leur recours contre le liquidateur.

Mais si après la prescription de l'action directe les tiers revenaient contre les associés en vertu de l'article 1166, le contrat deviendrait contre eux une cause péremptoire d'exception. Cette exception, qui ferait éconduire le liquidateur lui-même, produirait un effet identique contre ses ayants cause.

707. *Concluons de ce qui précède* :

1° Que le liquidateur qui est en même temps associé ordinaire est obligé en sa double qualité, et que l'action née de sa mission, comme l'action personnelle qui a préexisté à la dissolution, ne s'éteignent l'une et l'autre que par la prescription de trente ans;

2° Que pendant la durée de sa responsabilité, et à quelque époque que le besoin s'en réalise, il a le droit de recourir contre ses associés et de leur demander à

chacun d'eux la part et portion lui afférant dans les sommes payées à la décharge de la société;

3° Que ce recours, appartenant à l'associé liquidateur comme au liquidateur non associé, peut être exercé par les créanciers, en force de l'article 1166 C. Nap. Mais dans cette hypothèse, les créanciers simples ayants cause du liquidateur sont passibles de toutes les exceptions opposables à celui-ci, et doivent être écartés par les moyens qui l'écarteraient lui-même.

708. Le liquidateur peut-il, en abandonnant la liquidation et renonçant à la mission dont il s'était d'abord chargé, s'exonérer de la responsabilité dont le grève cette qualité?

Cette question paraîtrait ne pouvoir souffrir aucune difficulté. Le motif de l'obligation de l'associé liquidateur est d'abord cette qualité même, puis la détention matérielle des ressources de la société. Dès lors, si celui qui en avait d'abord accepté les fonctions les résigne, s'il restitue tout ce qu'il détient, à quel titre le considérerait-on comme tenu pour l'avenir? N'est-il pas réellement devenu un associé non liquidateur, et pourquoi lui refuserait-on le bénéfice de l'article 64?

709. Cependant cette même question a été négativement résolue par le tribunal de commerce de la Seine, le 1er avril 1846. Ce jugement, toutefois, ne s'occupe nullement des conséquences, il se borne à constater le principe. Faisant des fonctions de liquidateur un véritable sacerdoce, il les déclare indélébiles. « La nomination du liquidateur dans l'acte de dissolu-« tion, disent les motifs, est définitive et irrévocable;

« cet acte et cette nomination ont formé un contrat « entre les tiers et les associés, qui ne peut plus être « modifié qu'avec la participation des premiers;

« Vainement exciperait-on de la publicité légale que « le remplacement aurait reçue ; cette publicité, modi- « ficative du droit commun, ne peut sortir à effet que « lorsque la loi l'a ainsi formellement décidé; or, si « l'article 64 a prescrit les formalités à remplir pour « que, sans qu'il y ait lieu à appeler les tiers à la dis- « solution, l'un des membres d'une société restant seul « dans les conditions de tous les autres commerçants, « tandis que ses coassociés pourraient opposer une « prescription exceptionnelle de cinq ans, cet article « n'a pas prévu le cas où, après avoir accepté les fonc- « tions de liquidateur, ledit liquidateur viendrait à les « résigner.

« Dès lors, lié par un contrat tant avec ses coasso- « ciés qu'avec les tiers, il ne saurait se dégager des « liens par lui pris que par les voies ordinaires. Ce « remplacement consenti, seulement par les mem- « bres de la société dissoute, ne saurait être vala- « blement opposé aux tiers qui n'y ont pas été par- « ties. »

Ces motifs n'ont rien de grave, rien surtout de juridique. Ils renferment une singulière appréciation de la nature de la liquidation et des effets de la publicité qu'elle reçoit.

La liquidation n'a et ne peut avoir aucune influence sur le sort des créanciers. Ils ne sont pas même obligés de s'adresser à celui qui la dirige, si ce n'est dans le cas

où ils veulent acquérir des droits définitifs contre l'actif social.

La publicité de la liquidation n'a donc d'autre but à cet égard que celui d'indiquer le dépositaire de cet actif, et celui qu'il faudra actionner pour l'atteindre. Qu'importe aux créanciers que cette personne puisse varier, que le liquidateur soit Pierre, Jacques ou Joseph? la poursuite exercée contre le titulaire n'en grèvera pas moins l'avoir social. Il suffit donc de la publicité des choix successifs pour que l'intérêt des tiers soit à couvert.

Dira-t-on que la résignation des fonctions de liquidateur pourra s'effectuer après cinq ans, c'est-à-dire à une époque où les associés non liquidateurs auront acquis leur libération par la prescription quinquennale! Qu'importe? est-ce que le maintien du liquidateur empêchera cette libération, et s'opposera à ce que l'action directe ne soit définitivement éteinte? de quoi se plaindraient donc les créanciers? De ce qu'on soustrait le liquidateur démissionnaire à l'action personnelle qu'ils pouvaient exercer contre lui? Mais cet effet ne se produit pas *hic et nunc*. Pendant cinq ans encore le liquidateur pourra être poursuivi, car pour lui la prescription de l'art. 64 ne commencera que du jour où sa retraite aura été publiquement annoncée dans les formes tracées par la loi. Ce délai de cinq ans est donc plus que suffisant pour mettre à couvert les prétentions que les créanciers pourraient vouloir exercer contre le liquidateur démissionnaire.

710. On ne doit donc pas s'étonner de la réforma-

tion du jugement que, sur l'appel, consacra la Cour de Paris. Il est bon de placer les motifs de l'arrêt en regard de ceux du jugement que nous venons de transcrire.

« Considérant qu'aux termes de l'article 64 Code de comm., toutes actions contre les associés non liquidateurs sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société; que si les créanciers conservent par cela même tous leurs droits contre l'associé liquidateur qui, vis-à-vis des tiers, est le représentant de la société, et qui, se trouvant nanti de tout l'actif social, est obligé en conséquence au payement des dettes sociales, il ne résulte cependant ni du texte, ni de l'esprit de la loi, que cette obligation, attachée à la qualité d'associé liquidateur, soit absolue et indéterminée, notamment qu'elle doive survivre au remplacement de l'associé liquidateur, opéré d'une manière régulière et suivi de reddition de comptes, et qu'elle doive, en ce cas, s'étendre au delà des limites de la prescription déterminées en faveur de l'associé non liquidateur;

« Considérant que l'article 46 Code de comm., dans l'intérêt des tiers, soumet aux formalités d'enregistrement et de publicité prescrites par l'article 42 C. de comm. tout changement ou retraite d'associé, toutes nouvelles stipulations ou clauses;

« Qu'il s'en suit, par voie d'analogie, que l'associé liquidateur qui a été remplacé par son coassocié, après s'être conformé auxdites dispositions, avoir rendu ses comptes, s'être dessaisi de toutes les valeurs, de tous

les livres et titres de la société, n'est plus qu'un associé non liquidateur, et a le droit d'invoquer la prescription de cinq ans *à partir du jour de sa retraite;*

« Que les créanciers de la société qui n'ont exercé aucune action dans cet intervalle de temps seraient fondés, sans doute, à critiquer les comptes par lui rendus de sa gestion ; mais qu'ils ne peuvent prétendre qu'il est personnellement responsable, pour le passé, des dettes de la société, pour l'avenir, des faits de gestion du nouveau liquidateur[1]. »

711. L'incontestable légalité de ces motifs place l'arrêt à l'abri de tout reproche quant au principe. L'unique observation dont il soit susceptible est sur le point du départ de la prescription quinquennale, qu'il semble placer au jour de la retraite de l'associé liquidateur.

Ainsi formulée, cette proposition nous paraît erronée. Il ne suffit pas, en effet, que la retraite du premier liquidateur se soit réalisée, qu'elle ait même été suivie de son remplacement effectif; il faut encore qu'elle ait été connue des tiers, contre lesquels on ne peut prescrire tant qu'ils ne sont pas en demeure d'agir. Or, dans notre hypothèse comme dans toutes les autres, cette mise en demeure n'est légalement opérée que par la publicité donnée au fait, dans les formes prescrites par la loi.

En conséquence, la prescription quinquennale ne court, en faveur de l'ancien liquidateur, que du jour

[1] 20 avril 1847. J. D. P., 1, 1847, p. 491.

de l'accomplissement des formalités destinées à rendre sa retraite publique et notoire. C'est là d'ailleurs une induction logique du texte et de l'esprit de l'article 64 lui-même.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une dissolution accidentelle et avant terme, cet article ne fait partir la prescription que du jour de l'accomplissement des formalités de publication. Pourrait-il en être autrement dans le cas de la démission de l'associé liquidateur ? N'est-elle pas un événement imprévu et accidentel ? Les tiers ont-ils pu la connaître avant qu'elle leur ait été légalement dénoncée par la publicité ?

En résumé, l'associé qui a accepté les fonctions de liquidateur n'est pas définitivement lié ; il peut s'en démettre à sa convenance sans que les tiers puissent s'y opposer, lorsque les associés y ont consenti.

Les effets de cette démission le relèvent de sa soumission à la prescription trentenaire. Il devient associé non liquidateur, et en position comme tel de profiter du bénéfice de l'article 64.

Ce bénéfice ne saurait lui être refusé, 1° si la retraite a été enregistrée et publiée dans les formes voulues par les articles 42, 43, 44 et 46 C. de comm. ; 2° si depuis l'accomplissement de ces formalités et pendant cinq ans révolus aucune poursuite judiciaire n'a été exercée contre lui.

712. Les coassociés pourraient-ils refuser la démission du liquidateur associé, et le contraindre à conserver la liquidation ?

Il est une hypothèse dans laquelle l'affirmative ne

saurait faire l'objet d'un doute, à savoir, lorsque, en acceptant les fonctions de liquidateur, l'associé a traité avec ses cointéressés, et que, se chargeant de la liquidation à ses périls et risques, il les a dégagés de toute obligation à l'endroit des dettes, dont il avait fait son affaire propre et exclusive.

C'est là un contrat parfaitement licite, et partant incontestablement valable. L'abandon ou le sacrifice que s'imposent les coassociés est l'équivalent de l'obligation que le liquidateur contracte; la convention, rentrant dans la catégorie des contrats aléatoires, doit sortir à effet. Elle est régie par la disposition de l'article 1134 du Code Napoléon. Elle ne peut être révoquée que du consentement mutuel de toutes les parties, ou par l'effet de la nullité ou de la rescision judiciairement demandée et ordonnée.

Le liquidateur ne pourrait donc, en dehors de ces conditions, contraindre ses coassociés à accepter sa démission; il serait, au contraire, tenu d'exécuter le traité.

En l'absence de tout traité de ce genre, la nomination d'une part, l'acceptation de l'autre, établissent une convention dont la certitude nous ferait résoudre par l'affirmative la question que nous nous sommes posée. L'intérêt des coassociés ne permet pas d'admettre un résultat contraire.

Que ceux-ci soient, en effet, puissamment intéressés à voir la liquidation entre les mains d'un d'entre eux, c'est ce qui ne saurait être contesté. Indépendamment de la possibilité du traité dont nous parlions tout à

l'heure, cette condition détermine l'application de l'article 64, c'est-à-dire la libération du non-liquidateur, par la prescription de cinq ans.

C'est là un important et considérable avantage, et on comprend qu'on tienne à le conserver. Dès lors, il faut reconnaître qu'on est recevable et fondé à agir dans ce sens. En conséquence, si la démission du liquidateur doit avoir pour résultat la substitution d'un associé à un associé, cette démission ne devrait pas être querellée. La continuation de la liquidation par un associé maintenant les choses dans le même état qu'elles étaient, et ne compromettant dès lors ni le présent, ni le passé, ni l'avenir, l'opposition des coassociés devrait être repoussée, à moins qu'elle ne reposât sur l'insolvabilité notoire de l'associé que le liquidateur solvable offrirait pour son remplaçant.

Si, par le refus unanime de tous les associés, la démission du liquidateur devait aboutir au choix d'un liquidateur étranger à la société, elle pourrait et devrait être refusée par les associés. L'existence d'un liquidateur non associé occasionnerait une grave modification dans leur position, rendrait l'article 64 inapplicable pour l'avenir, de telle sorte que la prescription quinquennale qui aurait commencé de courir ne pourrait plus s'accomplir.

Il y a même plus, le choix d'un liquidateur non associé, auquel les associés non liquidateurs auraient concouru après l'acquisition de la prescription de cinq ans, pourrait en rendre le bénéfice contestable et en motiver même la rétractation.

Il est incontestable, en effet, que l'acceptation des fonctions de liquidateur par un associé aurait immédiatement pour résultat de le soumettre pendant trente ans aux poursuites des créanciers, tant par voie personnelle, par suite de sa qualité de débiteur, que par l'obligation du comptable. Il importerait peu qu'au moment de son acceptation cet associé pût invoquer la prescription quinquennale; il serait censé en avoir répudié le bénéfice et renoncé à s'en prévaloir.

Or, si les associés acceptent la démission du liquidateur, qu'ils le remplacent par un non-associé, ne leur opposera-t-on pas ce concours comme une renonciation à la prescription? Si vous aviez vous-mêmes accepté la liquidation, ne manquera-t-on pas de leur objecter, cette renonciation serait incontestable. Or, le liquidateur n'étant plus que votre mandataire pur et simple, c'est vous tous qui liquidez en réalité, *qui mandat ipse fecisse videtur*. Vous avez donc répudié le bénéfice de la prescription, vous ne pouvez plus l'invoquer.

Ce système ne laisserait pas que d'offrir pour les coassociés un danger assez sérieux et assez grave pour que la prudence leur fît un devoir de le prévenir et de l'éviter. Dès lors, ils devraient bien se garder d'accepter la démission de l'associé liquidateur et de choisir un autre liquidateur, même après plus de cinq ans de la dissolution régulière de la société, à moins que le nouveau liquidateur ne fût lui-même associé.

Mais comment faire si le liquidateur persistait à se démettre? Pourrait-on le forcer d'agir malgré sa vo-

lonté contraire? Non, sans doute; mais le cas est parfaitement prévu; on n'aurait donc qu'à suivre la marche que la loi trace.

Ainsi, on demanderait judiciairement que la liquidateur continuât ses fonctions, et que sa démission fût repoussée, avec dommages et intérêts; et, faute par lui de se soumettre et de continuer, on solliciterait la nomination d'un tiers liquidateur chargé, comme l'unique représentant de la partie refusante, de poursuivre les opérations au nom et pour le compte de celle-ci.

713. Nous avons déjà dit que la retraite d'un associé, à quelque époque qu'elle se réalise, équivaut, en ce qui le concerne, à une véritable dissolution; qu'il est donc fondé, si la société, continuant avec les autres associés, a été naturellement chargée de la liquidation, à se prévaloir de la prescription quinquennale autorisée par l'article 64 du Code de commerce [1].

Nous ajoutons que, pour lui comme pour le liquidateur démissionnaire, et par une identité de raisons incontestable, les cinq ans ne commencent que du jour de l'accomplissement des formalités exigées par les articles 42, 43, 44 et 46 du Code de commerce, pour que sa retraite eût acquis une notoriété régulière et légale.

[1] Voir *sup.*, n. 689.

FIN DU SECOND ET DERNIER VOLUME.

TABLE GÉNÉRALE

ET

ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

NOTA. Le chiffre indique les n^os des sommaires.

A

D



E

F

G

J

L

M

N

O

P

R

T

U

V

FIN DE LA TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES.

APPENDICE

AU

COMMENTAIRE DU TITRE III, LIVRE I, DU CODE DE COMMERCE

DES SOCIÉTÉS

LOI DES 17-23 JUILLET 1856, SUR L'ARBITRAGE.

ARTICLE 1.

Les articles 51 *à* 63 *du Code de commerce sont abrogés.*

ARTICLE 2.

L'article 631 *du même Code est modifié ainsi qu'il suit :*

Art. 631. *Les tribunaux de commerce connaîtront ;* 1° *des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers;* 2° *des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce;* 3° *de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.*

DISPOSITION TRANSITOIRE

ARTICLE 3.

Les procédures commencées avant la promulgation de la présente loi continueront à être instruites et jugées suivant la loi ancienne.

Les procédures seront censées commencées lorsque les arbitres auront été nommés par le Tribunal de commerce ou choisis par les parties.

SOMMAIRE.

1. Motifs du commentaire.
2. Caractère de la loi nouvelle, son utilité.
3. Elle place désormais les associés sur la même ligne que tous les autres citoyens à l'endroit de l'arbitrage.
4. Première conséquence. Application de l'article 1006 C. proc. civ. pour la régularité du compromis.
5. Invalidité de la clause compromissoire insérée dans l'acte social.
6. Deuxième conséquence. La dispense de se conformer aux règles, ou la renonciation à se pourvoir donnée en fait dans cet acte, ne serait pas obligatoire si elle n'était renouvelée.
7. Troisième conséquence. La prorogation du délai ne peut plus être poursuivie judiciairement.
8. Effets de l'expiration du délai légal ou conventionnel avant que les arbitres aient prononcé.
9. Quatrième conséquence. Le partage entre arbitres non autorisés à nommer un tiers met fin au compromis entre associés.
10. Obligation du tiers de juger dans le délai légal ou conventionnel. Effet de l'inobservation.
11. Cinquième conséquence. La sentence des arbitres sociaux est susceptible d'opposition à l'ordonnance d'exécution.
12. Examen des cas dans lesquels cette opposition est de rigueur. Comment ils s'établiraient.
13. Difficultés que peut soulever celui relatif au jugement sur choses non demandées.
14. Validité et effets de la clause donnant aux arbitres sociaux le droit de prononcer sur toutes les difficultés nées et à naître de la liquidation.
15. Modification que l'abrogation de l'arbitrage forcé a dû faire subir à l'article 631 C. comm. Reproches adressés à l'investiture des tribunaux de commerce. Réfutation.
16. La loi nouvelle ne régit pas les procédures commencées avant sa promulgation. A quelles conditions seront-elles considérées comme commencées.
17. Silence gardé à cet égard par le Conseil d'Etat. Motifs de le rompre, invoqués par la Commission du corps législatif. Utilité de l'art. 3.

18. *Quid*, si les arbitres déjà nommés n'acceptent pas, ou si l'un d'eux décède ou se déporte ?
19. Si, après avoir accepté, ils n'ont pas prononcé dans le délai qui leur était accordé?

1. Notre commentaire des sociétés était imprimé et prêt à être livré au public lorsque deux lois votées par le Corps législatif sur la proposition du gouvernement, et adoptées par le Sénat, sont venues, la première, abroger la juridiction exceptionnelle à laquelle le Code de commerce déférait les litiges entre associés; la seconde imposer à la commandite par actions des conditions qu'on à crues suffisantes pour la ramener dans la voie de la loyauté dont elle s'était tant écartée.

Quel est le caractère de ces lois? Quels en seront les effets? comment doit-on les appliquer? C'est ce que le désir de mettre notre œuvre au niveau de la législation nous a déterminé à rechercher.

2. L'abrogation de l'arbitrage forcé répond aux considérations que nous avons exposées sur l'art. 51 du Code de commerce. Elle avait donc d'avance recueilli toutes nos sympathies. A notre avis, elle constitue un véritable progrès que les conséquences de l'institution et les besoins réels du commerce sollicitaient depuis longtemps.

Tous ceux, en effet, qui avaient étudié l'arbitrage dans son principe, qui l'avaient suivi dans la pratique, s'étaient bientôt convaincus que jamais institution n'avait failli plus hautement, plus complétement aux espérances qui l'avaient fait consacrer. Son résultat le plus positif avait été d'offrir tous les inconvénients de

la justice ordinaire, sans aucune des garanties de lumières, d'indépendance, d'impartialité qu'on rencontre chez nos honorables magistrats.

Ce résultat déplorable tenait moins encore au personnel des arbitres qu'à l'institution elle-même.

Ce que chaque partie cherchait dans son arbitre, c'était bien plus un défenseur empressé qu'un juge impartial. C'est ce dont était convaincu l'arbitre lui-même, et cette conviction, qui lui faisait redouter la rancune, la haine même qui devait surgir d'une décision contraire, ne lui dictait malheureusement que trop la conduite qu'il croyait devoir suivre. Comment d'ailleurs aurait-il condamné des prétentions que le plus souvent il avait suggérées lui-même comme conseil officieux ou officiel. Aussi, et sauf de très-rares exceptions, un partage venait constater le dissentiment des arbitres, et déférer à un tiers le droit de régler définitivement le litige.

A son tour, ce tiers trouvait dans la nature des choses la nécessité d'aboutir quelquefois à une injustice. Si ce tiers avait pu suivre ses propres inspirations, si, convaincu que la vérité ne se trouvait ni chez l'un ni chez l'autre arbitre, il eût été libre d'émettre une opinion nouvelle et indépendante, on arrivait à ce résultat qu'on obtenait trois avis isolés et point de jugement proprement dit. Celui-ci, en effet, ne peut résulter que de la majorité des suffrages de ceux qui y ont concouru. Il fallait donc, pour qu'on obtînt cette majorité, que le tiers se rangeât à l'une des deux opinions déjà exprimées.

De manière, observait très-judicieusement le rapporteur du Corps législatif, l'honorable M. Rigaud, que le tiers qui le premier peut-être entre dans l'examen du débat avec de véritables conditions d'impartialité n'est plus libre de juger selon ses inspirations et selon sa conscience. Il est obligé d'opter entre deux avis dont aucun peut-être ne lui paraît conforme à la justice.

Ainsi, dans certains cas, tout ce que pouvait le tiers, c'était de se prononcer pour l'opinion qu'il considérait comme la moins injuste. Sans doute, ce vice grave existe dans l'arbitrage volontaire, et celui-ci est conservé ; mais l'entière liberté que les parties ont de s'y soustraire est un légitime correctif. La loi ne peut se montrer plus exigeante que les intéressés eux-mêmes dans une matière où l'ordre public ne peut subir la moindre atteinte. Elle devait donc sanctionner une convention que des convenances urgentes sont dans le cas de déterminer. Ce qui était contraire à l'équité, c'était de rendre cette convention sous-entendue et obligatoire dans certains cas, et de forcer la partie à subir un abus auquel elle aurait voulu se soustraire.

La pratique n'avait pas tardé à le considérer ainsi. Le commerce lui-même, dont l'intérêt, disait-on, commandait le maintien de l'arbitrage forcé, n'avait jamais cessé de réclamer et de se plaindre, préparant ainsi le résultat que le nouveau législateur a si heureusement consacré.

3. Désormais donc les associés sont à l'instar des autres citoyens. Ils ne ressortissent que de la juridiction ordinaire, même pour les difficultés que la société sou-

lève entre eux ; mais ils peuvent les déférer à des arbitres. Cette faculté, consacrée par le droit commun, ne pouvait leur être refusée sans tomber dans l'excès contraire à celui qu'on voulait réprimer, sans froisser des convenances qu'il convenait de respecter.

Les associés sont donc libres d'obéir à ces convenances et de recourir à arbitres, si des inconvénients pouvaient naître d'un appel à la justice ordinaire. Mais l'abrogation de l'arbitrage forcé a eu pour résultat immédiat et direct de faire disparaître toutes les exceptions que son caractère avait fait subir aux principes du droit commun.

4. Ainsi, le Code de procédure devient l'unique règle à suivre. Pour les associés, désormais il n'y aurait plus de compromis valable que celui qui se conformerait aux dispositions de l'article 1006 de ce Code, c'est-à-dire qui désignerait les objets du litige et le nom des arbitres. L'omission de ces noms, le défaut d'actualité du litige, donneraient à la convention le caractère d'une promesse de compromis, et la clause compromissoire valable entre associés sous l'empire du Code de commerce ne serait plus pour eux que ce qu'elle est pour tous, un engagement dont l'exécution est subordonnée à la volonté de toutes les parties.

5. Peu importerait donc que le pacte social eût expressément déféré à des arbitres la connaissance des difficultés dont il deviendrait l'occasion. Cette clause, valable sous l'empire du Code, dont elle n'était que la conséquence, serait nulle aujourd'hui, parce que, contrairement à l'article 1006 du Code de procé-

dure civile, elle ne désignerait ni l'objet du litige ni le nom des arbitres.

A cet égard, il ne saurait s'élever aucun doute. L'hypothèse s'offrait si naturellement à l'esprit, qu'elle ne pouvait échapper à l'attention. La Commission du Corps législatif eut donc à l'examiner, et voici en quels termes son honorable rapporteur rend compte de la décision.

« Il nous a paru que la voie de l'arbitrage volontaire restant toujours ouverte aux parties, leurs véritables intérêts étaient suffisamment satisfaits par la faculté de compromettre. A notre sens, la juridiction arbitrale n'est bonne qu'autant qu'elle est réellement amiable et volontaire; alors que les parties choisissent leurs juges librement et sans contrainte, pour un litige né et actuel, au jugement duquel elles peuvent appliquer des aptitudes spéciales. Mais autoriser les associés à s'engager par avance, et le plus souvent sans réflexion, à faire juger par des arbitres inconnus des contestations ignorées, c'était permettre de rétablir, par une convention, l'arbitrage forcé désormais effacé de la loi, et nous ne pouvions pas nous rendre coupables d'une pareille inconséquence. »

La Commission avait raison : rendre la clause compromissoire obligatoire pour les associés, c'était en revenir à l'arbitrage forcé, avec cette différence qu'il eût été conventionnel au lieu d'être légal. On ne corrige pas dans un jour des habitudes de cinquante ans, et longtemps encore le recours à arbitres se trouvera au bout de la plume du rédacteur de l'acte social; indépendam-

ment de ce qu'elle a été toujours considérée comme de style, cette clause est la conséquence de la nature des choses et de la position des parties. Au moment de la constitution de la société on n'entrevoit l'avenir qu'à travers le prisme des espérances qu'elle inspire. On croit au maintien, à la durée des sentiments de confiance et d'estime réciproques ; on ose à peine prévoir une difficulté, et si on le fait, ce sera pour la soustraire à la juridiction ordinaire.

D'ailleurs, dès qu'on faisait sortir les associés de la position exceptionnelle que leur faisait le Code de commerce, dès qu'à leur endroit l'arbitrage devenait purement volontaire, on ne pouvait les exempter des conditions faites à tous. Les dangers que les exigences de l'article 1006 du Code de procédure civile a voulu prévenir étant les mêmes, la solution ne pouvait être différente. L'exception tombait nécessairement avec le fait qui la produisait.

Donc, quels que soient les termes de l'acte social, l'engagement de s'en référer à arbitres n'est plus qu'une clause compromissoire des effets de laquelle chaque partie est libre de s'exonérer. Elle ne pourrait sortir à effet que si, persistant après l'ouverture du litige dans l'intention qui les animait avant, il intervenait entre elles une convention désignant la difficulté et le nom des arbitres.

6. De là cette conséquence : la convention nouvelle étant le seul, le véritable compromis, c'est par ses stipulations que se régiraient exclusivement la forme de l'arbitrage et les pouvoirs des arbitres. Supposez que

dans l'acte social il ait été convenu que les arbitres seraient dispensés de toute forme, qu'ils prononceraient comme amiables compositeurs, ou que les parties aient expressément renoncé à toute voie de recours contre la sentence; ces stipulations ne seraient obligatoires que si elles étaient reproduites dans la convention désignant les arbitres ; à défaut, parties et arbitres se trouveraient replacés sous l'empire du droit commun. On devrait procéder en la forme ordinaire, et la sentence pourrait être frappée d'opposition ou d'appel.

7. L'article 1007 du Code de procédure civile veut que les arbitres prononcent dans les trois mois du jour du compromis, si les parties n'ont déterminé aucun délai. Un pareil délai ne pouvait évidemment suffire lorsque, s'agissant de la dissolution d'une société qui avait été longtemps exploitée, il fallait en chercher les résultats dans des livres nombreux, et dépouiller de volumineuses écritures.

Cependant le délai n'était pas moins obligatoire dans l'arbitrage forcé lui-même. Seulement la doctrine et la jurisprudence avaient conclu de son caractère que la prorogation, refusée par une des parties, pouvait être judiciairement poursuivie, et consacrée par le tribunal. On ne pouvait admettre, puisque la compétence arbitrale était forcée, que par ce refus et par le changement de juges qu'il eût occasionné, la partie rendît toute solution matériellement impossible.

La loi de 1856 enlève ce droit Désormais la prorogation ne peut être que volontaire. Nul ne peut être contraint de la subir malgré lui; plus de distinction

pour ce qui concerne les associés. L'art. 1007 est impératif et absolu pour eux. L'expiration du délai soit conventionnel, soit légal, sans que les arbitres aient prononcé, leur enlève toute attribution, tout droit et toute qualité pour le faire ultérieurement.

8. Notons à cet égard une autre conséquence non moins importante de la loi nouvelle. Sous l'empire du Code, en arbitrage forcé le défaut de prononciation dans le délai voulu, si aucune prorogation n'avait été consentie ou ordonnée, mettait bien fin aux pouvoirs et attributions des arbitres, mais il était sans influence sur la juridiction appelée à statuer, c'était à de nouveaux arbitres qu'il fallait recourir; tout se résumait donc dans un changement de personnes, si les parties, obéissant à un intérêt évident, ne se décidaient pas à renommer ceux qu'elles avaient déjà choisis.

La loi de 1856, en rendant purement volontaire l'arbitrage entre associés, a fait cesser cet état de choses. Désormais l'expiration du délai soit conventionnel soit légal, sans qu'il ait été statué, met fin au compromis lui-même et rend aux parties la liberté d'agir comme elles le jugent convenable; chacune d'elles a le droit de revenir sur le consentement qu'elle avait donné et de déférer le litige à la justice ordinaire [1]. C'est également ce qui se réaliserait en cas de refus, déport ou décès des arbitres.

9. En arbitrage forcé, le partage entre les arbitres devait être nécessairement vidé, l'appel du tiers était

[1] Voir *inf.*, n. 19.

inévitable; dans le silence de la convention à cet égard, le choix en appartenait au tribunal de commerce et pouvait être poursuivi par la partie la plus diligente.

La loi nouvelle a également fait cesser cet état des choses, et ramené les associés à la règle du droit commun. Aux termes de l'art. 1012 du C. proc. civ., le partage met fin au compromis si les arbitres n'ont pas reçu le pouvoir de choisir le tiers, ou si cette élection n'a été ni prévue ni réglée par la convention.

10. Enfin le tiers régulièrement élu est obligé de prononcer dans le mois de son acceptation. L'expiration du délai qui, en arbitrage forcé, n'aboutissait qu'à la nécessité d'une substitution ou qu'à la confirmation de la nomination précédente, aurait aujourd'hui pour effet d'anéantir le compromis lui-même et de rendre à chaque partie la liberté de s'adresser aux tribunaux ordinaires.

Il n'y a donc plus dans la constitution du tribunal arbitral, dans les obligations auxquelles il est astreint, aucune différence attachée à la qualité d'associé. Pour eux comme pour tous les citoyens, les règles tracées par le Code de procédure civile reprennent tout leur empire et produisent les mêmes effets.

11. Une dernière conséquence de la loi de 1856 est de rendre les dispositions de l'art. 1028 du C. proc. civ. communes à la sentence intervenue entre associés. Lorsque l'arbitrage était forcé, cette sentence était inévitablement un jugement, puisqu'elle émanait légalement du premier degré de juridiction. Les vices dont elle pouvait être entachée, les excès de pou-

voirs que le juge pouvait avoir commis ne constituaient que des griefs d'appel, à vérifier et à réprimer par le degré supérieur.

L'arbitrage n'étant plus que volontaire dans tous les cas, la sentence intervenue n'acquerra le caractère d'un jugement que si elle a été rendue dans les limites et dans les conditions exigées par la loi. Sortir de ces limites, violer ces conditions, c'est excéder ses pouvoirs, usurper la puissance judiciaire, excès et usurpation qu'il convient de réprimer en refusant à la sentence toute force exécutoire. C'est donc par opposition à l'ordonnance d'exécution qu'on devrait se pourvoir; ce mode est non-seulement une faculté mais encore un devoir. L'appel ou la requête civile que l'associé formerait sur l'un des griefs énumérés dans l'art. 1028 du C. proc. civ. serait non recevable.

12. La question de savoir s'il a été jugé sans compromis ou en dehors du compromis, ou sur compromis nul ou expiré, ne saurait offrir de difficultés sérieuses. Ce sont là tout autant de faits matériels dont l'existence ne saurait être méconnue, puisqu'elle résultera ou de l'impossibilité de représenter le compromis, ou de la comparaison de la sentence et de sa date avec les causes et la date du compromis.

C'est également par l'examen de la minute de la sentence qu'on vérifiera si elle est ou non signée par tous ceux qui devaient y concourir. L'absence d'une seule signature, lorsque les arbitres ne sont pas autorisés à juger les uns sans les autres, ferait révoquer l'ordonnance d'exécution. Excepté le cas où le refus

ayant suivi la délibération, la cause en est indiquée conformément à la loi.

Enfin, la sentence doit prouver que le tiers a rempli l'obligation qui lui est faite de conférer avec les arbitres. L'absence de toute mention à cet égard ferait supposer que cette condition n'a pas été observée, et ferait perdre à la décision toute sa virtualité. La présomption contraire naîtrait de la constatation de l'accomplissement de cette formalité. Cette présomption n'empêcherait pas la preuve contraire, mais cette preuve ne saurait être fournie que par la voie de l'inscription de faux.

13. Enfin l'art. 1028 prescrit l'opposition à l'ordonnance d'exécution lorsque les arbitres ont prononcé sur choses non demandées. L'existence de ce grief peut faire naître quelques difficultés, non pas quant au principe en lui-même, mais sur son application, lorsqu'il s'agira de la dissolution de la société et de la liquidation des comptes et droits respectifs.

Il est évident que, si durant la société il avait été compromis sur une difficulté née à son occasion, n'affectant en rien son existence et devant seulement, soit régler les rapports à venir, soit appliquer les conséquences d'un fait déjà accompli, tout ce qui aurait été accordé au delà des prétentions respectivement émises constituerait un jugement sur choses non demandées et donnerait ouverture à l'opposition à l'ordonnance d'exécution.

On ne saurait, à notre avis, l'admettre ainsi lorsque la société étant dissoute, un compromis en défère vo-

lontairement la liquidation à des arbitres. Cette liquidation a pour objet de régler et d'établir définitivement la position des associés, de fixer la quotité de la perte que chacun d'eux doit supporter; donc la confier à des arbitres désignés, c'est leur confier la mission de faire tout ce que peut exiger ce règlement. Le jugement qui prononce, alors même que certains des griefs sur lesquels il statue n'auraient pas été relevés expressément dans les conclusions des parties, ne pourrait être considéré comme jugeant sur choses non demandées.

14. Nous arrivons à cette conséquence que la clause du compromis, donnant mission aux arbitres de prononcer sur la liquidation et sur toutes les contestations nées ou à naître à son occasion, ne saurait être querellée au point de vue des exigences de l'article 1006 du Code proc. civ. Il ne faudrait pas étendre ces exigences au delà de la raison et leur faire signifier l'impossible. Or, en fait, au moment de la dissolution, les associés auxquels on permet de compromettre ignorent encore les difficultés que cette dissolution fera naître; ils ne peuvent donc satisfaire réellement à l'article 1006 qu'en les déférant toutes aux arbitres qu'ils choisissent. Dès lors aussi toute décision se référant directement à la liquidation est intervenue sur choses réellement demandées, alors même qu'elles n'auraient pas fait l'objet de conclusions formelles.

15. L'abrogation des articles 51 et suivants rendait indispensable la modification de l'article 631. Il convenait, puisqu'on supprimait la juridiction arbitrale, de désigner celle qui devait connaître des actions qui lui

avaient été jusque-là spécialement attribuées. C'est ce que fait l'article 2 de la loi.

Les contestations entre associés et pour raison de la société seront donc portées au tribunal de commerce, instruites et jugées comme les autres affaires ressortissant de sa juridiction.

De tous les reproches que cette disposition a suscités, un seul avait quelque chose de spécieux. Evidemment, lorsqu'il s'agira de dissolution, du dépouillement d'écritures volumineuses, il sera impossible d'y procéder à l'audience, les connaissances spéciales qu'il exige, le temps considérable qu'il consommera ne permettront pas même au tribunal de s'y livrer.

Ce peut être là un inconvénient, mais était-il de nature à déterminer le maintien d'une institution condamnée en principe par ses défenseurs eux-mêmes? On a eu grandement raison de ne pas le penser.

Tout ce qui résultera de là, c'est que le tribunal usera de la faculté que lui accorde l'article 429 Code proc. civ. L'exercice de cette faculté, utile dans les contestations importantes qui s'agitent entre commerçants non associés, perdra-t-il ce caractère, parce que la difficulté naîtra entre associés?

Ce mode, a-t-on dit, substitue l'opinion du rapporteur à celle des arbitres, car les juges, s'en référant à celui qu'ils ont jugé digne de leur confiance, seront portés à en adopter les appréciations qu'ils consacreront, et dont d'ailleurs ils ne seront pas toujours à même de reconnaître le vice.

On nous permettra de croire et de dire que le danger

qu'on signale est quelque peu chimérique. L'avis de l'arbitre a l'avantage de présenter des résultats, d'indiquer les difficultés et les bases des solutions qu'il admet. Sans doute, la vérification de ces bases exigerait un examen approfondi des livres et écritures, et cet examen n'est pas facile pour le tribunal. Mais ce que le juge ne peut faire, l'intérêt le prescrit à la partie, et ce devoir le rapport en rend l'exercice possible. En dégageant de tout nuage les points en litige, il indique le côté faible de chacun d'eux, permet à la discussion de s'établir, et provoque la preuve de l'erreur dans laquelle il serait tombé.

On ne peut donc pas dire avec fondement que l'avis du rapporteur fera la loi suprême du tribunal. La vérité est que, libre de le contrôler, la partie pourra toujours en signaler les vices, en obtenir la modification s'il en justifie la nécessité et l'opportunité. Est-ce se montrer trop exigeant que de lui demander cette justification.

Il n'y avait donc pas à hésiter, avec d'autant plus de raison que l'article 429 permet de députer trois arbitres rapporteurs. Voilà donc les parties dans l'état que leur faisait l'arbitrage forcé, avec cette différence signalée par l'honorable rapporteur de la loi, que, tandis que les arbitres juges prononçaient définitivement sur le litige, les arbitres rapporteurs ne donnent qu'un avis qui ne lie jamais le tribunal. C'est donc en réalité un degré de juridiction de plus qu'on offre aux parties, les tribunaux de commerce étant appelés à remplir, relativement à ces derniers, le rôle réservé aux Cours impériales sur l'appel des sentences rendues par les premiers.

16. L'article 3 règle les effets de la loi pour le passé. La non-rétroactivité est le principe essentiel de toute législation, mais ce principe n'est absolu que lorsqu'il s'agit de la création d'un droit nouveau, ou d'une modification foncière de celui qui existait avant, ou des conditions qui l'ont régi jusque-là.

Les lois qui se réfèrent exclusivement à l'exécution du droit sont des lois de procédure, qui saisissent le passé comme le présent, comme l'avenir; une forme abolie ne saurait revivre, et, à quelque époque que remonte le principe de l'action, il suffit qu'on prétende l'exercer sous l'empire d'une législation pour qu'on soit obligé de se conformer à ses dispositions.

Devait-on ranger dans cette catégorie la loi de 1856 sur l'arbitrage forcé? L'affirmative ne pouvait être douteuse, lorsque, en l'absence de stipulation dans l'acte social, le recours à la juridiction arbitrale n'était que la conséquence de l'article 51 du Code de commerce. L'abrogation de cet article effaçant une juridiction, personne n'aurait pu ni l'invoquer ni la contraindre. Cette considération avait déterminé le Conseil d'Etat à garder le silence sur les effets de la loi que personne ne pouvait méconnaître.

17. La Commission du Corps législatif pensa que ce silence devait être rompu, et cet avis, partagé depuis par le Conseil d'Etat, a motivé l'article 3 de la loi. Dicté par la prudence, cet article a, en outre, le mérite de résoudre une difficulté que les termes exprès de l'acte social pouvaient faire naître. Dans le cas, en effet, où l'arbitrage aurait été formellement stipulé, il n'était

plus seulement purement légal. Il était, en outre, conventionnel, et on aurait pu soutenir que le mérite de cette convention devait être régi par la loi en vigueur au moment du contrat, et que puisque, sous l'empire du Code, la clause compromissoire était valable entre associés, le consentement régulièrement donné constituait un droit acquis que la loi nouvelle n'avait pu modifier.

Cette prétention est condamnée expressément par l'article 3. Le législateur n'a considéré ce droit comme acquis que lorsque la promesse d'arbitrer a reçu un commencement d'exécution, que lorsque la procédure a été commencée, et cette condition ne peut résulter que de la nomination des arbitres par le tribunal ou par les parties.

La lettre de la loi laisse à désirer. En effet, qu'arrivera-t-il si les arbitres, choisis ou nommés avant la promulgation de la loi, n'ont pas accepté cette qualité, si l'un d'eux vient à décéder ou à se déporter?

18. La non-acceptation par les arbitres rend leur nomination sans effets possibles; dès lors cette nomination n'a jamais existé et la condition exigée par notre article ne se réalisant pas, la loi nouvelle devient applicable. Il n'en est pas ainsi en cas de décès ou de déport de l'arbitre. La nomination est valable pour l'acceptant, et puisque dans ce cas l'affaire doit être instruite et jugée suivant la loi ancienne, on procéderait au remplacement de l'arbitre décédé ou se déportant conformément à ses dispositions; la procédure est réellement commencée, le droit par conséquent acquis.

Il ne saurait dès lors être perdu par le fait personnel d'un arbitre qui ne serait que trop souvent que le fait de la partie. Tel paraît être l'esprit de la loi.

19. Du principe que la procédure commencée doit être instruite et jugée suivant la loi ancienne, il suit que si le délai conventionnel ou légal dans lequel les arbitres doivent prononcer n'est pas suffisant, la prorogation pourrait en être demandée et prononcée par le tribunal. Mais si cette précaution est omise et que le délai expire sans que les arbitres aient prononcé, sera-t-on contraint de procéder à une nouvelle nomination ?

Nous ne saurions l'admettre. L'expiration du délai a définitivement terminé la procédure dont le début, s'étant accompli sous l'empire de la loi ancienne, la plaçait dans l'exception autorisée par la loi nouvelle. Il n'y a donc plus de procédure commencée, tout est épuisé, et comment, cette circonstance survenant depuis la promulgation de cette dernière, pourrait-on échapper à sa disposition, sans donner à la clause compromissoire une autorité qu'elle lui refuse.

Sans doute, et nous le disions tout à l'heure, le fait des arbitres ne peut enlever un droit acquis aux parties; mais dans l'hypothèse que nous examinons, il n'en est plus comme dans celle du refus, du décès ou du départ d'un arbitre. Son remplacement dans ce dernier cas est non une procédure nouvelle, mais la continuation de la procédure entamée; de plus, la partie est complétement étrangère à l'un ou à l'autre.

Dans le cas de l'expiration du délai, cette partie a le tort de n'avoir pas fait prononcer la prorogation;

donc elle ne saurait exciper de la négligence des arbitres sans se convaincre elle-même d'une négligence au moins égale. L'omission de l'exercice du droit que la loi lui donnait ne saurait être un titre l'autorisant à contraindre l'exécution de la clause compromissoire en l'état d'une loi qui lui refuse tout effet.

L'expiration du délai s'accomplissant sous son empire met fin non pas seulement aux pouvoirs des arbitres en retard de prononcer, mais encore au compromis lui-même. Il n'y a donc qu'un compromis nouveau qui puisse contraindre les parties à recourir à un second arbitrage ; accorder un effet quelconque à une procédure que le fait a annulée, ce serait violer la règle : *quod nullum est nullum producit effectum.*

Notre travail allait être livré à l'impression lorsque, recevant le dixième cahier du *Journal de Marseille*, année 1856, nous y avons trouvé deux jugements consacrant notre doctrine. En voici les motifs :

« Attendu que la loi du 17 juillet 1856, après avoir, en son article premier, abrogé les articles 51 à 63 du Code de commerce, et modifié, en son article 2, l'article 631 du même Code sur la compétence des tribunaux de commerce, dispose dans son article 3 et dernier que les procédures (devant arbitres) commencées avant la promulgation de ladite loi continueront à être instruites et jugées suivant la loi ancienne ; que les procédures seront censées commencées lorsque les arbitres auront été nommés par le tribunal de commerce, ou choisis par les parties ;

« Attendu que si le nouveau législateur, en faisant

disparaître une juridiction qui avait mal répondu aux espérances de celui qui l'avait instituée, n'a pas voulu que la loi du 17 juillet 1856 eût un effet rétroactif, il n'en est pas moins évident qu'il n'a entendu laisser fonctionner les arbitrages forcés que là où il y avait des juges dans l'exercice de leurs pouvoirs, en un mot, un arbitrage constitué ; que, dans le cas contraire, il y eût eu contradiction entre la pensée qui avait motivé la présentation et le vote de la loi et les moyens employés pour la réaliser, puisqu'en abolissant l'arbitrage forcé pour l'avenir on aurait laissé subsister le droit de nommer les arbitres, c'est-à-dire de constituer à futur des tribunaux arbitraux ;

« Que, en effet, dans l'espèce, le délai fixé, sous l'empire de la loi abrogée, aux arbitres nommés par le tribunal ou par les parties, étant expiré sans qu'ils eussent rien décidé dans la cause qu'ils instruisaient, leurs pouvoirs avaient si complétement et réellement disparu, et ils étaient si peu arbitres qu'il ne leur serait pas venu à la pensée de sentencier sur quoi que ce fût, en ladite cause, avant d'avoir reçu de nouveaux pouvoirs puisés là où les premiers avaient eu leur source ;

« Attendu que le sieur Abram oncle l'a implicitement reconnu, lorsque, dans la citation du 24 mai dernier, qui n'avait eu aucun résultat lorsque la loi du 17 juillet est devenue obligatoire, il a demandé d'abord, et mal à propos, puisqu'on ne peut proroger que ce qui existe, que les pouvoirs des arbitres fussent prorogés et ensuite que là où l'adversaire ne voudrait pas re-

nommer son arbitre, il fût tenu d'en nommer un nouveau, autrement pourvu par le tribunal;

« Que vainement le sieur Abram oncle voudrait exciper de la procédure antérieurement faite, et qui, sur sa demande rejetée, resterait en pure perte, le tribunal ne pouvant plus aujourd'hui ni nommer des arbitres, ni concéder acte de nomination d'arbitres sans avoir recours dans l'un et l'autre cas à une loi qui a cessé d'exister;

« Qu'il est donc évident que la loi du 17 juillet n'a entendu et n'a pu entendre parler que d'arbitres déjà nommés et dans l'exercice de leurs fonctions, et qu'à ceux-là seuls il est permis de survivre à la loi qui les avait institués. »

LOI

SUR LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE

PAR ACTIONS.

AVANT-PROPOS.

SOMMAIRE.

20. Motifs qui ont rendu l'intervention du législateur nécessaire. Caractère de la loi.
21. Remède que la situation semblait exiger. Motifs qui l'ont fait repousser. Examen.
22. Tentative faite en 1838. Ses conséquences. Etendue de l'abus.
23. La division en actions du capital n'est pas de l'essence de la commandite.
24. Caractère de l'article 38 du Code de commerce. Il introduit un droit nouveau.
25. Cette division n'ajoutait rien à l'utilité de la société en commandite.
26. Proposition de soumettre la commandite par actions à l'autorisation préalable du gouvernement. Rationalité de cette proposition.
27. La responsabilité indéfinie des gérants n'était pas un motif suffisant pour la faire repousser.
28. Son utilité au point de vue de l'organisation d'un monopole commercial.
29. Objections faites à la proposition : 1° La nécessité de l'autorisation ruinerait la commandite. Examen et réfutation.
30. 2° Elle violerait le principe de liberté. Réponse.
31. 3° Longueurs, pertes de temps qu'elle occasionnerait.
32. Caractère et but des observations qui précèdent.

20. Depuis longtemps les scandales inouïs auxquels les sociétés en commandite par actions avaient donné lieu, les escroqueries multipliées dont elles avaient

été l'occasion, les troubles et les perturbations qu'elles imprimaient au crédit public, appelaient l'intervention active du législateur, et le mettaient en demeure de remédier à un mal devenant chaque jour plus grave.

La loi que nous nous proposons d'examiner est venue réaliser cette intervention et créer ce remède. Disons-le tout de suite : elle est sans contredit de nature à diminuer l'audace des faiseurs, à leur susciter des obstacles. Sera-t-elle suffisante pour faire cesser ces abus si énergiquement signalés par le législateur lui-même ? C'est ce dont il est permis de douter. Le dol et la fraude sont si subtils, ils ont su tourner tant d'autres obstacles, se jouer de tant d'autres difficultés, qu'on peut sans témérité prévoir et craindre qu'ils ne parviennent à éluder les précautions auxquelles on a cru devoir s'arrêter.

21. A notre avis, un seul remède pouvait et devait être efficace, à savoir la prohibition de la division du capital par actions dans la commandite. Tout le monde reconnaissait les inconvénients énormes de cette division. On ne devait dès lors, ce semble, la maintenir que si les avantages qu'elle offrait étaient de nature à l'emporter sur les inconvénients, ce qui est loin d'être démontré.

Supprimer l'usage pour empêcher l'abus, disait l'exposé des motifs, est un procédé violent : c'est une extrémité à laquelle il ne faut avoir recours que lorsqu'il est impossible d'employer des moyens plus modérés. La société en commandite par actions est entrée pro-

fondément dans les habitudes du monde industriel. On ne doit pas méconnaître qu'elle lui a rendu de véritables services, en donnant le moyen d'exécuter ce qui, sans elle, aurait été impossible.

Non, il ne faut pas que la crainte de l'abus fasse supprimer l'usage, lorsque cet usage est rationnel, loyal, légitime. Mais si l'usage n'est lui-même qu'un abus, pourquoi hésiter à le supprimer. Or, que tel soit le caractère que la société en commandite par actions a revêtu, c'est ce qu'il est impossible de méconnaître.

Il est des entreprises qui exigent des fonds si considérables, et par conséquent des intéressés si nombreux, que la commandite ne saurait se les proposer. Mais le Code de commerce y avait heureusement pourvu, au moyen de la société anonyme. Or, est-il naturel qu'un fondateur, projetant une de ces opérations, s'expose à une responsabilité indéfinie, lorsque, par l'adoption de la forme anonyme, il ne serait jamais tenu au delà de sa mise?

Sans doute l'adoption de cette société oblige à se pourvoir de l'autorisation du gouvernement ; mais si l'objet de la société est réellement avantageux, si l'apport du fondateur est sérieux, si ses prévisions sont fondées, cette autorisation ne lui serait pas refusée. On peut donc soupçonner que si l'on n'ose même pas la solliciter, c'est qu'on veut surtout échapper à tout contrôle devant lequel ne résisterait pas la spéculation qu'on projette.

Voyez combien les faits répondent à cette idée. Nous avons déjà dit que de 1826 à 1838 il s'était formé mille

sept sociétés en commandite par actions, au capital de 952,642,300 francs. Or, au jugement de l'éminent M. Delangle, presque toutes ces sociétés étaient des œuvres d'escroquerie et de fraude. C'est pour tromper les actionnaires, pour les dépouiller et se faire à leurs dépens d'insolentes fortunes qu'elles étaient imaginées.

On serait tenté de se demander comment de pareilles entreprises ont pu parvenir à faire successivement tant de victimes. La cause en est dans notre caractère national lui-même. L'illustre d'Aguesseau l'a dit depuis longtemps avec grande vérité : il n'y a pas de pays comme la France où l'on puisse hasarder plus aisément des entreprises qui ne roulent que sur l'opinion. Il n'y a pas de projet, quelque extravagant qu'il soit, qui ne trouve des adeptes.

Ce caractère, largement exploité de 1826 à 1838, n'a pas cessé de l'être depuis. La spéculation a même pris des proportions plus larges encore, encouragée par une circonstance qui se réalisa à cette dernière époque.

22. On sait que le gouvernement, justement ému des désastres que ces sociétés entraînaient, et résolu d'y porter remède, crut devoir proposer de prohiber la division en actions du capital des sociétés en commandite. Malheureusement la Commission de la Chambre des députés ne crut pas devoir adopter le projet ; plus malheureusement encore, elle crut devoir lui substituer une série de dispositions dont l'exécution, loin de faire cesser un mal incontesté, était de nature à l'aggra-

ver encore. La clôture de la session, avant toute discussion, laissa le projet enfoui dans les cartons, d'où personne ne fut tenté de le tirer.

Cette tentative stérile, constituant en quelque sorte un aveu d'impuissance, enhardit la fraude. Ses développements acquirent un nouveau et bien déplorable degré d'activité.

Le rapport de l'honorable M. Langlois constate, en l'absence de tout document officiel, que du 1er juillet 1854 au 30 juin 1855, une seule feuille, le *Journal général d'Affiches*, avait publié l'annonce de deux cent vingt-cinq sociétés en commandite par actions, s'élevant à un capital total de 968,000,000 fr.

D'autre part, nous lisons dans un rapport de M. le président du tribunal de commerce de Paris, publié par *le Droit* du 13 juillet 1856, que du 1er juillet 1855 au 1er juillet 1856, il s'est formé cinq cent cinquante-une sociétés en commandite par actions, représentant un capital de 1,921,672,000 fr.

Ainsi, dans l'espace de deux ans, la circulation des valeurs s'est accrue de trois milliards, et cela sous les prétextes les plus misérables, les plus futiles. Exemple : le prospectus d'une société au capital de 50 millions pour marier l'Afrique avec l'Amérique, et fondre ainsi les races.

La profondeur du mal était énergiquement constatée par le législateur lui-même. Voici en effet ce qu'il relevait dans l'exposé des motifs.

« Lorsque, par l'effet des troubles civils et des agitations politiques, l'essor de l'industrie et la confiance

des capitaux se trouvaient comprimés, comme personne ne songeait à former des sociétés sérieuses et honnêtes, personne ne pouvait espérer le succès de sociétés conçues dans des vues criminelles. Mais lorsque, l'ordre s'étant rétabli dans le pays, l'activité industrielle a pu reprendre son élan ; lorsque le crédit public, s'appuyant sur les sympathies populaires, s'est montré sous des formes et avec une puissance jusqu'alors inconnues ; lorsqu'une paix glorieuse est venue partout inspirer la confiance qui fait naître et réussir les grandes entreprises ; lorsqu'en un mot la prospérité générale s'est manifestée par le nombre et l'importance des transactions, on a pu constater que les affaires équivoques, les spéculations frauduleuses reprenaient aussi leur funeste activité. Les annonces de sociétés en commandite par actions ont de nouveau paru, exposant les plus étranges projets, demandant des capitaux considérables, promettant des bénéfices immenses, employant tous les moyens de séduction déjà connus, et en imaginant d'autres au besoin. Les leçons de l'expérience n'ont point suffi pour empêcher ces manœuvres de produire leurs effets ; il n'y a que trop d'exemples de sociétés dont les actions, avilies presque le lendemain de leur émission, ont entraîné la ruine de ceux qui ont eu la folie de les accepter. »

Ce qui ressort en réalité de la pratique et de l'expérience, c'est que dans la commandite par actions, les sociétés sérieuses et loyales sont devenues l'exception. En présence d'un pareil résultat pouvait-il être utile de maintenir l'usage ? Ne devait-on pas le supprimer

pour rappeler le commerce dans cette voie de loyauté que son intérêt même lui prescrit ?

23. On a craint que cette suppression ne fût la ruine de la commandite, ce qui eût été un véritable malheur. Mais cette crainte n'était possible que s'il était prouvé que la division du capital en actions était de l'essence de cette société, conforme à son but, nécessaire à ses développements; or, la vérité ne permet et n'a jamais permis de l'admettre ainsi.

La création d'actions n'a pas d'autre objet que de fournir un nouvel aliment à la spéculation commerciale, par la négociation et la circulation des valeurs dont elle est l'origine. Les actionnaires n'interviennent donc que pour profiter des chances de cette circulation, c'est-à-dire que pour prendre part au mouvement commercial que leur opération va déterminer.

Ce but est précisément le contraire de celui que se propose la commandite. De tout temps celle-ci n'a eu pour objet que d'attirer dans le commerce les capitaux de ceux que leur qualité, leurs dignités ou leurs fonctions écartaient de tout négoce.

Pour eux donc l'association ne pouvait être une occasion de violer la prohibition ou de méconnaître l'incompatibilité. Ce qu'ils y cherchaient, ce qu'ils y trouvaient, c'était cet intérêt que la législation ordinaire ne permettait qu'à condition d'aliénation du capital.

24. Aussi est-ce dans ces limites que la commandite avait été restreinte dans la pratique. Nous en demandons pardon à l'honorable rapporteur du Corps législatif, mais rien ne justifie l'ancienneté qu'il attribue à

l'usage des actions dans la commandite. L'école italienne ne présente aucun vestige de cet usage, et si en France nous rencontrons la division du capital en actions, c'est ailleurs que dans celle-ci. Les grandes entreprises que Sully, Richelieu et Colbert organisèrent, la Compagnie des Indes orientales ou occidentales, celle du Sénégal, la banque de Law elle-même, ne furent que de véritables sociétés anonymes, que des lois spéciales créèrent exceptionnellement et qui ne puisèrent rien dans la législation commerciale alors en vigueur.

L'article 38 du Code de commerce, en permettant la division par actions du capital de la commandite, introduisit donc un droit nouveau. On peut d'autant plus s'en étonner que l'agiotage effréné qui avait accueilli les actions des entreprises que nous venons d'indiquer n'avait pas manqué de produire ses résultats ordinaires, tels que nous avons encore à les déplorer aujourd'hui.

25. Ce droit nouveau, loin de rentrer dans les conditions de la commandite ordinaire, en méconnaissait le véritable caractère, n'ajoutait rien aux éléments heureux que cette institution renfermait pour le commerce. Voyez l'Italie du douzième siècle : les merveilles commerciales qu'elle en avait fait sortir ne furent-elles pas accomplies sans actions négociables, et par la seule vertu de ce genre d'association?

On pouvait donc abroger l'article 38 du Code de commerce. On ne faisait que restituer à la commandite son caractère primordial, sans lui rien enlever de son effi-

cacité. On ne tuait que l'agiotage, que la spéculation déloyale et frauduleuse, contre lesquels tant de justes réclamations n'ont pas cessé de protester.

26. Si ce moyen paraissait trop énergique, ne devait-on pas au moins accueillir la proposition d'exiger pour la commandite par actions l'autorisation du gouvernement? La création d'actions est un emprunt fait à la société anonyme. Quels pouvaient être dès lors les motifs qui devaient la dispenser des précautions que le législateur a cru devoir prendre pour cette dernière? Les dangers que ces précautions ont pour objet de prévenir n'existent-ils pas dans la commandite par actions comme dans l'anonyme?

Or, de deux choses l'une : ou ces précautions sont utiles et indispensables, ou vaines et inutiles. Dans cette dernière hypothèse, pourquoi les maintenir dans la société anonyme.

Un moment on a soutenu cette inutilité; mais cette opinion est aujourd'hui unanimement désertée. Les inconvénients qu'on attribuait à la nécessité de l'autorisation ne sauraient être mis en regard avec les garanties que cette mesure assure à l'intérêt général, à l'intérêt privé lui-même.

27. Ces garanties, si utiles dans l'anonyme, perdraient-elles ce caractère dans la commandite par actions? On l'a ainsi prétendu, en s'étayant de la responsabilité indéfinie des gérants. Une malheureuse expérience n'a que trop appris ce que devenait cette responsabilité. C'est surtout contre les entreprises frauduleuses qu'on devait se mettre en garde. Or, est-ce

que, dans des entreprises de ce genre, les gérants ont d'autre fortune que les actions qu'ils se sont attribuées et dont ils ont soin de se débarrasser au plus tôt? D'ailleurs, cette responsabilité, utile aux tiers, est-elle de quelque secours aux associés, contribuant à la perte que l'opération ne manque jamais de produire, et qui absorbe l'intégralité de leur intérêt? donc pour les actionnaires la responsabilité du gérant ne saurait remplacer la garantie qu'ils puisaient dans l'autorisation du gouvernement.

28. Cette responsabilité ne répond nullement non plus à l'un des motifs qui ont fait consacrer la nécessité de cette autorisation. Les grandes entreprises commerciales, disaient les auteurs du Code, ne sont avantageuses au commerce que lorsqu'elles ajoutent à ses ressources de nouveaux moyens de circulation et de crédit; que lorsqu'elles ont pour objet un commerce nouveau, éloigné, ou hors de portée des commerçants. Elles sont dangereuses si elles établissent un commerce sur des objets que tous les commerçants peuvent atteindre, en ce qu'elles favorisent un monopole funeste au commerce.»

A ce point de vue, plus la commandite par actions sera sérieuse et sincère, plus son capital important, plus imminent sera le danger. Une concurrence effrénée anéantira facilement les établissements déjà fondés ou en voie de se fonder, entraînera la ruine d'une foule de familles, au détriment du public lui-même. Le monopole acquis, l'exagération du prix de revente ne rencontrera plus d'obstacles: ne voudra-t-on pas, en effet,

récupérer les pertes que la concurrence a occasionnées, et réaliser les bénéfices qu'on s'est promis.

La liberté absolue laissée à la commandite par actions rend l'intention du législateur, à cet égard, sans effets possibles. La loi de 1856 obvie jusqu'à un certain point à la constitution fictive de la société, mais elle n'a rien statué quant à son objet. Le monopole pourra donc impunément se produire, et cependant ceux qu'il menace n'avaient-ils pas droit à la protection du législateur?

Aucune différence ne pouvant exister dans les effets, on devait n'en faire aucune sur la nature de la société, et appliquer à la commandite une mesure considérée comme essentielle dans l'anonyme. On le pouvait fort rationnellement, puisque la première empruntait à la seconde son moyen le plus énergique, il était naturel qu'on la soumît aux conditions auxquelles ce moyen était subordonné dans celle-ci.

29. Les objections que la proposition a soulevées étaient-elles bien sérieuses? Examinons :

On a dit d'abord que la nécessité de l'autorisation entraînerait la ruine de la commandite et enlèverait au commerce les précieuses ressources qu'il a puisées, qu'il est appelé à puiser dans cette institution.

Mais on n'a demandé cette mesure que pour la commandite par actions, elle ne pouvait donc exercer aucune influence sur la commandite simple et ordinaire. Les secours que celle-ci donne, les services qu'elle est appelée à rendre ne se trouvaient ni altérés ni même menacés.

Pourquoi d'ailleurs la nécessité de cette autorisation aurait-elle agi sur la commandite par actions autrement qu'elle ne l'a fait pour la société anonyme? Or, elle n'a point tué celle-ci, et ce qui le prouve, c'est qu'en 1856 il existait encore trois cent cinquante-une sociétés de cette nature, représentant un capital total de dix-neuf cent vingt-neuf millions.

Ce qui aurait nécessairement succombé devant cette nécessité, c'étaient les sociétés organisées dans le but unique de favoriser l'agiotage et le jeu, de spéculer sur la crédulité publique, *de tromper les actionnaires, de les dépouiller, et se faire à leurs dépens d'insolentes fortunes*. Mettre fin à ces scandales ne pouvait exciter les regrets de personnes autres que ceux qui osaient les exploiter.

30. Cette nécessité aurait-elle encouru cet autre reproche de méconnaître la liberté qui doit présider aux opérations commerciales? Tout homme qui crée une entreprise, disait M. le rapporteur du Corps législatif, doit pouvoir choisir la forme d'association qui convient à son industrie. La loi n'intervient pas dans les contrats particuliers; c'est au fondateur à fixer son capital, à déterminer la durée de la société, à créer les actions, à organiser les assemblées des associés, à appeler les capitaux, à régler leur destination et leur emploi, à faire, en un mot, ces stipulations si variées qui constituent la charte de chaque société. Là est l'empire de la liberté.

Rien à nos yeux n'est aussi sacré, aussi inviolable que le principe de liberté; mais le respect qui lui est dû ne

saurait jamais permettre de le laisser dégénérer en licence. Ses limites sont nettement tracées par les exigences de l'ordre public et de l'intérêt général. Des règles destinées à tracer ces limites deviennent même un devoir impérieux pour le législateur, si des motifs légitimes et sérieux inspirent des craintes fondées.

Or, M. le rapporteur nous le dit lui-même, ici l'abus est bien voisin de la liberté, et l'esprit d'agiotage touche de près à l'esprit de spéculation.

« Ce qui est redoutable, ajoutait le rapport, c'est cet esprit de jeu qui, à certaines époques, tend à prévaloir dans la société ; car, tout ce qui introduit le hasard parmi les hommes les corrompt. On entend du bruit, on voit de l'activité ; mais c'est une activité vicieuse : elle rend la nation inquiète, cupide, téméraire, d'économe et de laborieuse qu'elle était auparavant. »

Cela donné, le devoir du législateur semblait tout tracé. Il lui appartenait de proscrire les éléments de ce jeu destiné à corrompre la nation. Cette proscription ne méconnaissait en rien le principe de liberté, elle le moralisait en l'empêchant de dégénérer en licence; à plus forte raison pouvait-on, sans y porter atteinte, soumettre l'exécution du principe à la surveillance du gouvernement; la nécessité de son concours laissait le fondateur libre de choisir la forme d'association qui lui conviendrait le mieux, d'en déterminer le capital et la durée, de rédiger la charte de la société. Seulement s'il optait pour la commandite par actions, il était obligé de prouver par l'autorisation même le caractère loyal et utile de son projet.

La preuve que cette exigence se concilie parfaitement avec le principe de liberté, c'est que ce que l'on demandait pour la commandite par actions existe pour la société anonyme, ce dont personne ne méconnaît plus l'utilité. Comment donc admettre que ce qui est légal et inoffensif dans ce cas serait odieux et attentatoire à la liberté dans l'autre?

En résumé donc, réglementer la forme d'une société, la subordonner à des conditions dictées par l'ordre public et l'intérêt général, loin de constituer un abus quelconque, n'est que l'accomplissement d'un devoir auquel nul législateur n'a jamais failli; que la loi nouvelle elle-même n'a pas hésité de remplir. Que sont, en effet, les conditions exigées par les articles 1, 2, 3, 4, 5, sinon des restrictions aux conséquences que l'honorable rapporteur déduisait tout à l'heure du principe de liberté? On pouvait donc aller sans crainte au delà, si d'ailleurs les circonstances l'exigeaient.

31. Enfin, contre la proposition, on a allégué les longueurs que la concession de l'autorisation entraînerait, la perte de temps qui en résulterait, les répugnances que son principe excite chez les commerçants. Tout cela est fort exagéré; nous n'en voulons pas d'autre preuve que l'existence en 1856 de ces trois cent cinquante et une sociétés anonymes, au capital de deux milliards.

La répugnance, et une répugnance invincible, n'est admissible et réelle que chez ces faiseurs qui ne cherchent qu'à s'enrichir aux dépens de leurs dupes. On comprend ce sentiment de leur part, parce que d'avance ils sont convaincus que leurs projets seraient impitoya-

blement repoussés ; ce qui ferait échouer leur coupable entreprise.

Pourquoi cette répugnance serait-elle partagée par les auteurs d'un projet sérieux, d'une découverte réellement utile ? N'est-ce pas le succès qu'ils se proposent ? Or l'approbation du gouvernement attestant le caractère loyal, les chances favorables de l'opération, n'est elle pas un élément énergique de ce succès ? n'est-elle pas un utile appel à la confiance ?

Sans doute, la perte de temps est regrettable; mais dès qu'on admet le principe d'ordre public qu'il convient de protéger les citoyens contre leur légèreté, leur imprudence, contre leur folie, comment exclure les moyens indispensables pour atteindre ce but ?

Le principe que nous rappelons, loin d'être méconnu, a été consacré par la loi de 1856. L'article 4 le prouve; seulement on a cru devoir substituer le contrôle des intéressés à celui du gouvernement. Cette substitution est-elle heureuse ? procurera-t-elle cette économie de temps qu'on s'en est promis ? Nous l'examinerons en nous occupant de cet article, et nous arriverons peut-être à ce résultat, que le mode consacré offrait tous les inconvénients de celui qu'on repoussait, sans réunir aucun de ses avantages.

Ajoutons que, dût une perte de temps résulter de la nécessité de l'autorisation, il n'y avait pas à hésiter. Pouvait-on mettre cet inconvénient en regard des avantages qui résultaient du concours obligé du gouvernement ? Ce concours mettait un terme à ces spéculations frauduleuses qui sèment sur leurs pas la ruine

et la misère, sauvegardait le crédit public et les fortunes particulières; il diminuait, il est vrai, la masse des effets en circulation, mais il ne faisait disparaître que ces valeurs fictives bonnes uniquement à ruiner ceux qui ont la folie de les accepter; enfin il mettait un frein à l'agiotage et au jeu, et prévenait ainsi la corruption qu'engendrent l'un et l'autre.

32. Les observations qui précèdent nous inspirent un regret et non un blâme pour la loi nouvelle. Nous rendons un hommage mérité à ses auteurs, et toutes nos sympathies sont acquises à leurs prescriptions. On les a considérées comme un palliatif suffisant, et on a pu de bonne foi les préférer au remède énergique qui s'offrait.

Puissent les espérances qu'on s'est promises se réaliser! Le but est assez précieux pour que chacun s'associe énergiquement à tout ce qui est de nature à le déterminer. Aux citoyens, à respecter la loi, à lui obéir loyalement et fidèlement; aux tribunaux, à veiller à sa stricte exécution.

Que si l'avenir rendait ces espérances vaines, le remède ne rencontrerait plus ces honorables scrupules qui l'ont fait repousser pour le moment. Nous venons de déblayer en quelque sorte le terrain, et de démontrer la légalité et la possibilité d'un acte que la continuation de l'abus ferait inévitablement consacrer. En attendant, examinons la nature des dispositions de notre loi, et disons ce qu'elle doit être dans l'exécution, en constatant ce que le législateur a voulu qu'elle fût.

ARTICLE 1.

Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupons d'actions de moins de cent francs, lorsque ce capital n'excède pas deux cent mille francs, et de moins de cinq cents francs lorsqu'il est supérieur.

Elles ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social, et le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites.

Cette souscription et ces versements sont constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié.

A cette déclaration sont annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements faits par eux, et l'acte de société.

ARTICLE 2.

Les actions des sociétés en commandite sont nominatives jusqu'à leur entière libération.

ARTICLE 3.

Les souscripteurs d'actions dans les sociétés en commandite sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du payement du montant total des actions par eux souscrites.

Les actions ou coupons d'actions ne sont négociables qu'après le versement des deux cinquièmes.

SOMMAIRE.

33. Caractère et nature des fraudes auxquelles avait donné lieu la commandite par actions. Conséquences quant au remède à consacrer.

34. Effets de la liberté que le Code de commerce laissait au fondateur de déterminer les conditions de la constitution définitive de la société.
35. Utilité de la dérogation à cette liberté.
36. Caractère et effet probable de la condition de la souscription du capital entier.
37. Motifs qui ont fait exiger le versement du quart au moins des actions souscrites. Rationalité de cette limite.
38. A quelle époque doit être opéré ce versement.
39. Ne peut être fait qu'en numéraire. Examen et réfutation de l'opinion contraire.
40. Effet de la déclaration que le gérant ayant reçu des valeurs ferait que le quart a été versé.
41. Forme que doit avoir la déclaration prescrite. Epoque à laquelle elle doit être faite.
42. Considérations qui ont fait consacrer la nécessité d'y annexer certaines pièces. Objet du dépôt de la liste des souscripteurs.
43. Ce que doit être l'état des sommes payées.
44. La déclaration du gérant, accusant simplement que le quart du capital a été versé, ne remplirait pas l'objet de la loi. Pourquoi?
45. Objet de l'obligation d'annexer l'acte de société.
46. Caractère de ces premières conditions.
47. Dangers que la détermination par la loi du prix des actions a pour but de prévenir.
48. Minimum proposé par le gouvernement. Sa consécration.
49. Inexactitude de l'opinion que la loi nouvelle proscrit le fractionnement de l'action. Dans quels cas aura-t-elle cet effet?
50. Avantages du caractère nominatif imposé à l'action jusqu'à son entière libération.
51. Comment elle peut être transmise. Effet, par rapport à la société, de l'endossement consenti et accepté à forfait et sans garantie.
52. Responsabilité des premiers souscripteurs. Reproches qui lui ont été adressés. Réponse du rapporteur et du commissaire du gouvernement.
53. Prohibition de négocier l'action jusqu'après payement des deux cinquièmes.
54. Nature de cette prohibition. Effets de sa violation.
55. Résumé.
56. La loi de 1856 est-elle obligatoire pour les sociétés anonymes?
57. Ne régit que les actions de capital.
58. S'applique-t-elle aux sociétés civiles?

33. L'ensemble des précautions que devait sanction-

ner la loi nouvelle était naturellement indiqué par la pratique qui rendait cette loi indispensable. Les ruses connues, le moyen de les déjouer, d'en prévenir le retour, devaient exclusivement préoccuper le législateur.

« Or, disait l'exposé des motifs, les stipulations et les ruses dont on fait usage pour attirer l'argent dans les sociétés en commandite sont variées. Mais, bien examinées, elles rentrent dans un cercle assez étroit, et se réduisent à quelques procédés qui, différant par les détails, sont au fond et en réalité les mêmes. L'exagération de la valeur des apports en nature; la distribution des actions d'après cette appréciation; la forme au porteur, qui donne une si dangereuse facilité pour se défaire d'actions mal acquises, et sans qu'on puisse suivre leurs traces dans les mains qui se les transmettent; la valeur nominale rendue illusoire par la faculté de faire des versements minimes au moment de l'émission; la composition des Conseils de surveillance, dans lesquels on entre, soit par faiblesse, soit par calcul, souvent même avec de mauvais desseins, presque toujours dans la pensée qu'aucune responsabilité n'est attachée aux fonctions qu'on accepte; enfin, la distribution de dividendes fictifs pris sur le capital social, tantôt à l'insu des Conseils de surveillance, tantôt de concert avec eux : telles sont les manœuvres le plus fréquemment employées pour tromper le public. »

De ces manœuvres, les unes étaient de nature à être prévenues pas l'imposition de conditions tendant à les

empêcher de se produire; d'autres, au contraire, impossibles à empêcher matériellement, ne pouvaient l'être que par la crainte de la peine destinée à les réprimer. Ce double point de vue offre l'économie de la loi nouvelle, et en explique les dispositions.

34. L'article 1er réglemente la société, en tant qu'elle n'est encore qu'un simple projet, et indique les conditions de sa constitution définitive. Ces conditions sont la souscription du capital social entier, le versement du quart des actions souscrites, le taux de la valeur nominale des actions. L'utilité de ces conditions ressort des abus qu'elles ont pour objet de prévenir.

Sous l'empire du Code de commerce, le fondateur était libre de déterminer l'époque à laquelle la société pourrait commencer ses opérations. Quel que fût le capital social, on ne manquait pas de stipuler que la société serait définitivement constituée dès que les souscriptions auraient atteint un chiffre déterminé, que le fondateur fixait arbitrairement.

Or, souvent ce chiffre était réellement insuffisant pour assurer la marche de l'opération, le versement n'étant jamais intégralement exigé. Mais qu'importait au fondateur de mauvaise foi? Ce qu'il cherchait avant tout et exclusivement, c'était le succès de sa spéculation; et comme ce succès était subordonné à la mise en mouvement de la société, la faculté de réaliser celle-ci était calculée en vue de cet intérêt, et sur les probabilités devant la faire réussir.

Une fraude plus dangereuse encore surgissait de la détermination arbitraire des conditions de la constitu-

tion définitive de la société. Si le chiffre des souscriptions indiqué n'était pas atteint par des actionnaires sérieux, ou tardait trop à l'être au gré des fondateurs, des signatures de complaisance, émanées le plus souvent de personnes sans solvabilité, venaient le compléter. La société émettait ses actions définitives, exigeait le versement promis par les souscripteurs de bonne foi, et commençait ses opérations. Celles-ci duraient tout le temps nécessaire pour que les fondateurs, aliénant les actions qu'ils s'étaient réservées à divers titres, eussent réalisé le bénéfice qu'ils s'étaient promis. La société devenait ensuite ce qu'elle pouvait. Sa liquidation, faisant évanouir l'effet des signatures de complaisance, plaçait le public en présence d'un capital bien inférieur à celui auquel il avait fait confiance, et laissait la perte, quelle qu'elle fût, à la charge exclusive des actionnaires de bonne foi.

35. C'est donc avec infiniment de raison que le législateur est intervenu au début même de la société; qu'il en a subordonné la constitution définitive à des conditions sur l'exécution desquelles on doit d'autant plus se montrer sévère, qu'indépendamment des fraudes que nous venons de signaler, elle éloigne la probabilité d'une autre manœuvre non moins dangereuse. Bien souvent, en effet, les gérants ne manquaient pas, dans l'objet de faire souscrire la partie du fonds capital restant à placer, de distribuer des dividendes qu'ils prélevaient sur le capital, et qui n'étaient qu'une amorce destinée à appeler la confiance en paraissant lui offrir un bénéfice certain.

36. La nécessité de la souscription du capital entier, enlevant tout intérêt réel à cette simulation, en écarte la possibilité, et la rend inexcusable. Cette première condition est donc un gage de sincérité dans les actes qui précèdent et suivent la constitution de la société.

37. Il aurait pu se faire cependant que la souscription du capital entier ne fût elle-même due qu'à la manœuvre que nous signalions tout à l'heure; qu'elle n'eût été obtenue qu'à l'aide de signatures de complaisance ou de nulle valeur, l'exigence du versement du quart au moins de chaque action est une garantie contre cette éventualité.

On pourrait reprocher au législateur de n'avoir pas poussé la précaution jusqu'à ses dernières limites, en n'exigeant pas le versement intégral, mais ce reproche serait injuste; une exigence de ce genre eût été irrationnelle, dangereuse même pour la société.

Les souscriptions pour l'entier capital ne se recueillent pas en quelques jours. Plus ce capital sera considérable et plus on mettra de temps à le réaliser. La partie successivement souscrite était donc condamnée à demeurer improductive pendant des mois, pendant des années entières, et la perte, peu importante lorsqu'elle ne s'applique qu'à une fraction, pouvait le devenir lorsqu'il s'agissait de la totalité. D'ailleurs, tel court les chances d'une restitution pour un quart du capital qu'il souscrit, qui reculerait devant cette même chance s'il devait la subir pour le capital entier.

La détermination du législateur se légitime par une raison plus péremptoire encore. Il n'est pas de société

qui ait immédiatement besoin de son entier capital. Celui-ci n'est calculé qu'en prévision des chanees de perte qui peuvent surgir des premières opérations, et pour faire face aux nécessités qui peuvent en naître.

Dès lors exiger un versement intégral dès l'ouverturo des opérations, c'était donner à la société au delà de ce dont elle a réellement besoin, immobiliser et rendre improductive une partie du capital plus ou moins forte. Or, en commerce on meurt du trop-plein autant que du vide de la caisse, le désir d'utiliser les fonds donnant lieu à des entreprises téméraires, hasardeuses, déterminant le plus souvent la perte non-seulement de l'intérêt recherché, mais encore du capital lui-même.

On ne peut donc qu'applaudir à la limite adoptée par le législateur : le versement du quart évite le danger que nous venons d'indiquer, met la société à même de commencer ses opérations, en même temps qu'il garantit la sincérité des souscriptions. D'ailleurs, en rendant les actions nominatives et en proclamant la responsabilité des premiers souscripteurs, les articles 2 et 3 assurent la rentrée du solde, s'il y a lieu de l'exiger.

38. Le versement du quart au moins doit-il être effectué au moment de la souscription ? La raison de douter se tire de ce que le gérant ne doit compte de l'exécution de la loi qu'au moment où, voulant mettre la société en mouvement, il est tenu de déclarer et de constater l'accomplissement des conditions exigées pour cette mise en mouvement. Il semble donc qu'on devrait d'autant plus admettre qu'il peut consentir à

retarder jusque-là le versement, que la société peut encore ne pas sortir à effet, et qu'il éviterait ainsi, d'une part, la perte d'intérêt résultant du versement immédiat; de l'autre, l'obligation de restituer si le projet échoue.

Nous croyons cependant qu'il est dans l'esprit de la loi d'exiger le versement au moment même de la souscription. Sa réalisation seule fixe le caractère de cette souscription, de telle sorte qu'on ne devra considérer comme sérieuses que celles qui auront été accompagnées de versements.

De plus, ce qui pourrait se réaliser dans le cas contraire, c'est que la souscription du capital pourrait être plutôt apparente que réelle. Le temps écoulé entre les premières et les dernières souscriptions peut avoir modifié la solvabilité de plusieurs signataires. L'impossibilité ou le refus de verser contraindrait donc de les remplacer, et le délai qu'entraînerait les nouvelles signatures pourrait n'avoir que le même résultat pour d'autres signataires. On s'exposerait donc à tout recommencer sans cesse, ce que l'on évite forcément par un versement immédiat, et c'est cette considération qui nous porte à croire que la loi a entendu exiger celui-ci.

39. Ce versement peut-il être fait autrement qu'en espèces? M. Paignon adopte l'affirmative. Dans la pensée de la loi, dit-il, le versement c'est la libération des actions. Or, il y a plusieurs manières de payer sa dette; on peut donner une chose quelconque en payement (art. 1238, C. N.). L'argent est sans doute l'équivalent

le plus usuel, mais il n'est pas le seul. Du numéraire, des valeurs de satisfaction, ou des titres, sont des modes de se libérer parfaitement juridiques, sauf la responsabilité du gérant [1].

Nous croyons que le législateur n'a entendu admettre que le payement en espèces. Le versement du quart au moins est destiné à faire face aux premières opérations de la société. Or ce but, parfaitement atteint par le numéraire, ne l'est pas toujours par des valeurs. Quelque bonnes qu'on les suppose, leur négociation n'en occasionnera pas moins une perte et des frais, diminuant d'autant le capital.

Puis, supposez que ces valeurs ne soient pas payées à leur échéance, elles retourneront et devront être immédiatement remboursées par la société, le plus souvent avec protêt et compte de retour. Sans doute, la société aura son recours contre son cédant ; mais celui-ci peut n'être pas en mesure ou en position de payer. Il faudra donc recourir à la justice, et, en cas d'insolvabilité réelle, ajouter aux capital et frais déjà exposés ceux de la poursuite judiciaire.

En réalité donc le versement en valeur n'est que conditionnel, et la loi ne devait pas, ne pouvait pas s'en contenter. On doit donc le repousser avec d'autant plus de raison, que son admission donnerait quelquefois naissance à un abus grave.

Il arrive maintes fois que pour se créer du crédit, un commerçant se fait signer des valeurs par des hommes

[1] *Commentaire de la loi du 17 juillet 1856*, p. 67.

de paille, sans aucune solvabilité réelle. Il se crée ainsi des ressources que l'échéance des valeurs fera évanouir, parce que les signataires seront introuvables ou dans l'impossibilité de payer. Ces valeurs se réduiront donc à la signature de celui qui les a données en payement, et qui peut être, à son tour, dans l'impuissance de les rembourser.

Le gérant pourrait être de bonne foi victime de cette fraude, il pourrait l'avoir organisée lui-même dans le but de faire croire à l'accomplissement de la loi, et de commencer ainsi régulièrement en apparence ses opérations sociales. Dans l'un et l'autre cas, les victimes seraient les actionnaires sérieux et le public.

Sans doute ils pourraient exercer un recours contre le gérant, mais la fortune de celui-ci peut ne pas être au niveau de sa responsabilité, et n'offrir aucune garantie réelle.

Une loi destinée à réprimer toutes les fraudes ne pouvait consacrer la possibilité de celle-là. Le versement en espèces, faisant évanouir toute crainte à cet égard, est donc entré seul dans ses prévisions.

40. De là nous concluons que le gérant qui, ayant reçu les versements en valeurs négociables, déclarerait, en conformité de l'article 1er, que le quart des actions existe dans la caisse sociale, s'écarterait de la vérité; que sa déclaration pourrait être querellée par les intéressés et repoussée par la justice, et la constitution de la société déclarée irrégulière.

La nécessité de cette déclaration devant constater que le capital entier a été souscrit, et le quart au moins

des actions versé, a paru utile pour, en cas de mensonge, enlever toute excuse au gérant. On a cru qu'en le contraignant à déclarer préalablement que les conditions voulues avaient été remplies, on prévenait leur violation, qu'il devenait si facile de reconnaître et de constater.

41. L'objet même de cette déclaration en indiquait la forme ; elle devait nécessairement être authentique. Dans le projet arrêté par le Conseil d'Etat, on prescrivait que la réalisation des conditions fût constatée par acte notarié.

Cette rédaction laissait de l'incertitude sur la part faite au notaire dans cette constatation. On pouvait croire qu'il devait lui-même y procéder, ce qui était lui imposer des recherches souvent difficiles dans la pratique et dont la responsabilité pouvait l'inquiéter.

Cette considération, relevée par la Commission du Corps législatif, accueillie par le Conseil d'État, a motivé la rédaction définitive du paragraphe final de l'article 1er : Le gérant, seul en possession de tous les documents, préposé à l'exécution de la loi, était seul en position de constater cette exécution. On s'est donc contenté de sa déclaration, elle doit être faite par acte notarié ; mais le rôle du notaire est tout tracé, il se borne à donner acte de la déclaration qui lui est faite, sans en garantir le moins du monde la véracité. La preuve du mensonge ne saurait donc lui être opposée, ni motiver contre lui aucun recours.

La forme authentique de la déclaration a pour objet de garantir l'exécution loyale de la loi. La souscription

du capital entier, le versement du quart, étant indispensables pour la constitution de la société, doivent nécessairement précéder et non suivre le commencement des opérations. Il ne faudrait donc pas qu'au moment de la déclaration du gérant la souscription totale n'eût pas été recueillie, le versement non réalisé. Il convenait, par conséquent, de ne laisser aucun doute sur le moment de cette déclaration.

42. Mais la forme authentique elle-même ne suffisait pas pour établir la postériorité de certaines souscriptions. Remarquons en effet qu'il est rare que celles-ci soient datées. Données ordinairement sur l'acte même, elles sont censées remonter au jour de cet acte. Plus il serait vrai qu'elles n'ont été recueillies qu'après la déclaration, et plus on s'abstiendra de leur donner une date qui, par le simple rapprochement avec celle de la déclaration, découvrirait infailliblement la fraude. Tout au moins aura-t-on soin de recourir à une antidate de nature à empêcher cette découverte.

Il y avait là un danger certain, imminent, une menace sérieuse contre l'effet qu'on s'était promis des prescriptions de la loi. C'est ce qui explique l'obligation d'annexer à la déclaration la liste des souscripteurs, l'état des versements faits par eux, l'acte de société. Cette obligation, disait avec raison l'honorable rapporteur du Corps législatif, devient une preuve à l'appui de la sincérité de la déclaration, et fournit un document important en cas de poursuites des premiers souscripteurs, pour défaut de payement des actions.

Comment, en effet, admettre une liste de souscripteurs

qui n'auraient pas encore adhéré? Il faudrait pour cela une prévision trop extraordinaire, et le refus d'adhérer que feraient plus tard ceux qu'on aurait faussement indiqués comme actionnaires prouverait trop clairement la fausseté de la déclaration, pour qu'on se décide à en courir jamais les chances.

43. L'état des versements qui doit être annexé à la déclaration doit offrir en détail les sommes payées par chaque souscripteur. On ne doit pas interpréter la loi en ce sens que cet état doive être séparé de la liste des souscripteurs. Son but serait parfaitement atteint si, à la suite de chaque nom et de l'indication du nombre d'actions souscrites, on ajoutait la mention des sommes versées. C'est même là la manière d'agir la plus simple et la plus naturelle.

44. De quelque manière que soit rédigé l'état des versements, il doit offrir le détail des sommes payées par chaque souscripteur. La déclaration pure et simple du gérant que le quart du capital a été versé n'atteindrait pas le but de la loi, et imprimerait à la déclaration un caractère d'irrégularité incontestable.

Ce que veut la loi, c'est que chaque action verse au moins le quart. Elle n'admet comme sérieuses que celles pour lesquelles cette libération partielle a été effectuée.

Or, dire qu'on a reçu le quart du capital, ce n'est pas constater l'accomplissement de cette volonté. Car le versement dont le minimum est fixé peut être opéré dans de plus fortes proportions; il pourrait donc se faire que le quart du capital eût été atteint, parce que tel

souscripteur aurait versé le tiers, la moitié, les trois quarts de ses actions.

Dans cette hypothèse, tels autres souscripteurs n'auraient rien payé, or, c'est ce que la loi n'a pas autorisé. C'est ce qui s'induit nécessairement de ce qu'elle exige d'abord que chaque actionnaire verse le quart au moins du montant des actions par lui souscrites, de l'obligation qu'elle fait ensuite au gérant d'annexer l'état des versements faits par les souscripteurs.

45. L'obligation d'annexer l'acte de société est la conséquence de la faculté de le rédiger par acte sous seing privé. On peut donc en régler arbitrairement les conditions pour tout ce qui n'est pas régi par la loi nouvelle. La garantie contre les effets de cet arbitraire, contre toutes modifications inspirées par les circonstances actuelles, doit résulter du dépôt de cet acte comme annexe de la déclaration.

46. Les conditions que nous venons d'indiquer ne sont pas les seules dérogations que la loi de 1856 fait subir au droit commun en matière de constitution de la société. Leur accomplissement prépare et détermine cette constitution, mais ne donne pas encore le droit de commencer les opérations. Nous verrons sous les articles 4 et 5 les obligations auxquelles la mise en mouvement de la société est subordonnée.

47. Mais avant relevons la précaution que le désir de prévenir les scandales et la fraude a inspirée au législateur, quant à la détermination du prix des actions.

Le Code de commerce laissait cette détermination à la volonté du ou des fondateurs. Les conséquences

de cette faculté n'avaient pas tardé à se faire cruellement sentir. On n'a pas craint de puiser dans toutes les bourses, d'entraîner dans le tourbillon du jeu les fortunes les plus modestes. Il existait des sociétés nombreuses, au capital de 30 ou de 40 millions, dont les actions avaient été créées au taux de 15, de 10, de 5 francs, et même de 1 franc[1].

« Réduites à de si misérables proportions, les actions, disait l'exposé des motifs, sont destinées à ceux qui, par leur condition sociale, sont le moins capables d'apprécier les chances auxquelles ils s'exposaient. Évidemment, elles sont faites pour s'introduire dans les plus petites bourses, celles précisément pour lesquelles les pertes sont les plus cruelles ; elles sont préparées pour s'emparer des modestes économies qui, au lieu de se hasarder dans les périls de la spéculation, doivent aller s'accumuler dans les caisses d'épargne. C'est surtout pour la protection de ces intérêts que la loi doit se montrer vigilante et sérieuse. »

48. Le seul moyen efficace pour assurer cette protection était de déterminer un *minimum* au-dessous duquel le taux des actions ne pût jamais descendre, et de calculer ce *minimum* sur l'importance du capital social. Le gouvernement proposait donc de fixer le taux des actions à 100 francs lorsque le capital n'excéderait pas 200,000 francs ; à 500 francs lorsqu'il serait supérieur.

Une pareille limite était en quelque sorte la sup-

[1] Rapport de M. Langlois.

pression de l'action de 100 francs. Qu'est-ce, en effet, qu'un capital de 200,000 francs? nos faiseurs ne se mettent pas en mouvement pour si peu, il leur faut des millions, et c'est aussi par millions qu'ils procèdent ordinairement, témoin celui qui en demandait cinquante pour marier l'Afrique avec l'Amérique. On proposa donc d'élever à un chiffre supérieur le capital comportant l'action de 100 francs.

Cette proposition fut repoussée et devait l'être. L'obstacle que la difficulté de placer des actions de 500 francs peut offrir au succès de certaines spéculations, loin d'être un malheur, n'était que trop désirable: on sanctionna donc la proposition du gouvernement.

49. On a voulu à tort voir dans cette disposition la prohibition du fractionnement des actions. Notre article disposant expressément pour les coupons d'actions reconnaît et consacre par cela même le fractionnement. Le seul qu'il interdise est celui qui aurait pour effet d'éluder la proportion qu'il exige. Ainsi l'action de 100 francs, lorsque le capital n'excède pas 200,000, ne pourra être fractionnée; mais elle pourrait l'être si son taux était de 2 ou 300 francs; celle de 500 serait dans le même cas. Si sa valeur était portée à 1,000 ou 2,000 francs, on pourra la diviser. Pourvu que la fraction ne soit jamais inférieure soit à 100 soit à 500 francs, le fractionnement est licite et par conséquent autorisé.

50. A cette première et si utile modification le législateur en a introduit deux autres non moins impor-

tantes. La première a pour objet de rendre les actions nominatives jusqu'à leur entière libération.

L'action au porteur, autorisée dès l'origine de la société, suscitait de graves embarras et rendait au moins fort difficile la réalisation du capital social.

A cet inconvénient elle ajoutait celui de se prêter merveilleusement à l'agiotage. Telle personne, observait l'honorable rapporteur du Corps législatif, qui ne voudrait pas mettre son nom sur un papier décrié par l'opinion, voit ses scrupules s'évanouir quand son nom doit rester ignoré. Parmi tous les souscripteurs qui s'agitent à l'annonce d'une entreprise nouvelle, combien n'y en a-t-il pas qui n'entrent dans la société que pour en sortir le plus tôt possible ! qui courent après des bénéfices sans risque ! qui attendent tout de la prime des actions et rien de la société ! C'est l'émission des titres qui est devenue le commerce lui-même.

L'action rendue nominative, si elle n'est pas destinée à éteindre cette fièvre, doit au moins l'atténuer. On comprend que celui qui par la négociation des actions se mettait à couvert de toutes recherches, et ne pouvait jamais être obligé de recourir contre son cessionnaire, se montrât fort peu jaloux de la position et de la solvabilité de celui-ci; il traitait donc sans hésitation avec le premier venu en position de lui payer actuellement la prime attachée aux titres cédés.

Le caractère nominatif de l'action, la responsabilité du premier souscripteur, qui en était la conséquence, inspireront une grande circonspection dans la transmission. Exposé à un recours de la part de la société, le

cédant voudra se ménager le moyen de rendre efficace celui qu'il aura lui-même à exercer contre son cessionnaire; celui-ci ayant le même intérêt prendra la même précaution : chacun ne consentira à traiter qu'avec une personne solvable. L'exigence de la loi écarte donc de la négociation des actions cette foule de gens qui, n'ayant pas le premier sou du capital dont ils se chargeaient, couraient la chance d'un bénéfice, sans s'exposer à une perte que leur insolvabilité rendait sans effets possibles pour eux.

51. L'action nominative ne peut être transmise que par un endossement régulier, à l'instar de toutes les autres valeurs commerciales. L'effet de cet endossement est le même que celui de l'endossement d'une lettre de change, d'un billet à ordre, c'est-à-dire que le cédant reste garant envers la société dont il a été débiteur et à l'égard de son cessionnaire.

Sans doute l'endossement de l'action peut être consenti et accepté à forfait et sans garantie, mais l'effet de cette clause se restreindrait entre le cédant et le cessionnaire. Le premier ne pourrait l'opposer à la société poursuivant contre lui le payement de l'action. Comment lui permettrait-on de le faire, alors que l'article 3 interdit à la société elle-même la faculté de décharger le signataire de la souscription de la responsabilité que sa qualité lui impose. Cette responsabilité est acquise nonobstant toute convention contraire. La loi considère donc cette convention comme illicite, non obligatoire; à plus forte raison en serait-il ainsi de celle intervenue entre le cédant et le cession-

naire, en dehors et sans le concours de la société. Mais nulle pour celle-ci, cette convention n'en lierait pas moins le cessionnaire, elle lui enlèverait tout recours contre son cédant.

52. La responsabilité du souscripteur était la conséquence forcée du caractère nominatif de l'action et du mode de négociation qu'il entraîne. Aussi n'est-ce que pour exclure toute possibilité de douter qu'elle a été consacrée expressément par l'article 3.

On a reproché à cette responsabilité d'être un obstacle sérieux à la circulation des actions. C'est là précisément ce que la Commission a entendu, répondait le rapporteur du Corps législatif. La trop grande facilité qu'on trouve à négocier les actions est la cause de l'agiotage auquel elles donnent lieu. La restriction imposée par le projet de loi sera une gêne, sans doute, mais cette gêne écartera les joueurs, les agioteurs ; elle appellera les actionnaires sérieux.

« D'ailleurs, ajoutait M. Vuillefroy, commissaire du gouvernement, cette responsabilité n'est que la conséquence rationnelle de la qualité des souscripteurs. L'associé commanditaire est tenu jusqu'à concurrence de sa mise; on rentre donc dans le droit commun en prescrivant les moyens d'assurer l'exécution de cette obligation. »

53. Le but que se proposait cette première modification en commandait une seconde ; comme l'action au porteur, l'action nominative est essentiellement négociable. La seule distinction entre elles consiste dans le mode de transfert. Or, puisqu'on voulait remédier à

l'agiotage, il convenait d'en restreindre l'élément le plus énergique, c'est-à-dire la négociation elle-même.

Les lois des 15 juillet 1845 et 10 juin 1855, relatives aux actions des chemins de fer, avaient, dans ce but, tracé un précédent dont la valeur était attestée par la pratique. On ne devait pas hésiter à rendre commune à toutes les actions la règle spécialement édictée pour celles des chemins de fer.

54. On ne peut donc désormais, dans toute société en commandite, négocier les actions qu'après le versement des deux cinquièmes. Cette prohibition est loin de signifier que leur détenteur ne pourra jamais s'en défaire avant. Leur aliénation peut même être forcée, dans certains cas, quoique cette condition n'ait pas été remplie, celui de succession ou de faillite, par exemple. D'ailleurs, l'état des affaires du souscripteur pouvait exiger qu'il rentrât dans les fonds qu'il a versés en acceptant les actions, et il ne pouvait pas être dans l'esprit ni dans la volonté du législateur de lui interdire une ressource pouvant prévenir une ruine.

Aussi l'exposé des motifs et le rapport s'en expliquent-ils expressément. Ce que la loi entend subordonner au versement des deux cinquièmes, c'est uniquement la négociation commerciale, c'est-à-dire celle qui, au moyen d'un simple endossement, transfère la propriété de la valeur cédée non-seulement entre les parties, mais encore à l'endroit des tiers.

Le porteur reste donc libre de disposer de ses actions en tout état des choses; mais par la forme ordinaire seulement, s'il n'a pas encore versé les deux cinquièmes,

les effets de la cession sont, dans ce cas, réglés par le droit commun.

La négociation commerciale faite au mépris de la loi ne serait pas nulle ; elle vaudrait, au contraire, du cédant ou cessionnaire; mais elle n'aurait aucun effet contre les créanciers du premier, ou tous autres tiers intéressés. Pour les uns et les autres le cessionnaire ne serait définitivement investi que du jour de la notification au débiteur cédé, c'est-à-dire à la société.

55. Tel est l'ensemble des précautions que le maintien de la division en actions du capital de la commandite a suggéré au législateur au début de la société. Dans l'ordre d'idées qu'il s'était tracé, on ne peut qu'applaudir aux prescriptions qui ne sont, en définitive, que l'application à cette société des règles que le gouvernement a depuis longtemps adoptées en matière des sociétés anonymes.

Ainsi, pour que la commandite par actions puisse se constituer et agir, il faut : que le capital entier ait été souscrit ; que le quart au moins de chaque action ait été versé en espèces ; aucune action ou coupon ne peut être inférieur à 100 ou à 500 fr., suivant que le capital n'excède pas ou excède 200,000 fr. ; l'une et l'autre sont nominatifs jusqu'à entière libération, et ne peuvent être commercialement négociés qu'après le versement des deux cinquièmes ; enfin, les souscripteurs demeurent responsables du payement intégral, en tout état de cause et malgré toute stipulation contraire. Reconnaissons que ces dispositions constituent un incontes-

table progrès relativement à ce qui était pratiqué jusqu'à ce jour.

56. Les conditions prescrites par la loi nouvelle sont-elles obligatoires pour les sociétés anonymes : M. Paignon se prononce pour l'affirmative. Ces conditions, dit-il, étant établies dans un but de moralité publique, on doit considérer comme vrai pour les sociétés anonymes ce qui est tel pour la commandite. En conséquence ce qui est réprouvé dans celle-ci doit l'être également dans l'autre [1].

Nous ne nous étayerons pas, pour combattre cette opinion, sur la spécialité de la loi de 1856 et sur la règle : *qui dicit de uno de altero negat.* Nous dirons seulement que l'assimilation qui fait la base du raisonnement que nous repoussons est inadmissible.

L'intervention forcée du gouvernement dans la société anonyme est aussi rassurante pour la morale publique que pour tous les autres intérêts. L'autorisation indispensable ne sera que la conséquence de la certitude que l'une comme les autres ne courent d'autre danger que celui que peut offrir l'opération ellemême.

Dans la société en commandite, tout est laissé à l'initiative exclusive de l'intérêt personnel, et c'est de cette initiative qu'on a tant abusé. On a donc pu se précautionner contre cet abus, sans que le législateur ait pu vouloir enchaîner sa propre initiative, et s'interdire la faculté d'autoriser ce qui, dans une cir-

[1] *Commentaire de la loi*, p. 66.

constance donnée, lui paraîtrait avantageux et utile.

Nous croyons donc que son intervention ne saurait être soumise à la loi de 1856; et de même qu'il pourrait mettre à son autorisation des conditions plus sévères encore que celle de la loi de 1856, de même il peut autoriser les dérogations qu'il lui paraîtrait nécessaire de faire subir à celles-ci.

57. Enfin, les prescriptions nouvelles sur ce qui concerne les actions ne règlent que les actions de capital; celles dites de jouissance, ne donnant jamais droit qu'à une part dans les bénéfices, ne concourront jamais à tromper le public sur la consistance des ressources sociales.

Leur création peut offrir un grave inconvénient pour les associés, en disposant à leur détriment de la portion la plus considérable des bénéfices. Mais à ce point de vue la loi a pourvu au péril. Cette création constituerait un avantage particulier en faveur du bénéficiaire, et se trouverait, par conséquent, soumise aux prescriptions de l'article 4.

58. Une question beaucoup plus délicate et qui peut soulever quelques difficultés est celle de savoir si la loi de 1856 régit les sociétés civiles qui emprunteraient la forme de la commandite. On sait, en effet, que plusieurs sociétés de cette nature ont non-seulement recouru à cette forme, mais encore divisé leur capital en actions, soit purement négociables, soit au porteur.

Celles qui, dans l'avenir, seraient tentées de les imiter devront-elles, sous les peines édictées, remplir les

formalités et s'assujetir aux conditions requises?

La pénalité, qui indique le grave intérêt de la question, en dicte en quelque sorte la solution. On ne pourrait admettre l'affirmative que si la société civile se trouve dans la catégorie de celles que la loi nouvelle a entendu régir. Lorsqu'il s'agit, en effet, d'une peine quelconque, on ne saurait sortir de la spécialité qui lui est affectée, ni l'étendre à une hypothèse autre que celle à laquelle elle est subordonnée, quelque exacte, quelque complète que soit l'analogie.

Or, la loi de 1856 ne s'est occupée que des sociétés commerciales. Ce point ne saurait être méconnu ni contesté; il résulte de la qualification de sociétés en commandite par actions qui n'a jamais désigné qu'une société commerciale, la société civile excluant l'idée de cette forme et ne subissant aucun de ses effets; il faudrait donc, pour qu'on la soumît aux prescriptions de la loi actuelle, qu'il fût vrai que l'emprunt de la forme modifiât son caractère et la rendît commerciale.

Nous avons déjà établi le contraire. La jurisprudence et la doctrine, nous l'avons dit, se sont arrêtées à cette règle : que ce qui détermine le caractère d'une société, c'est non la qualification qui lui a été donnée, ni la forme qu'elle a reçue, ni les statuts qu'elle s'est imposés, mais l'objet qu'elle se propose. Si celui-ci est purement civil, vainement la société se sera-t-elle produite comme une commandite, vainement aura-t-elle divisé son capital en actions, même au porteur, elle n'en demeurera pas moins exclusivement civile, et ne produira jamais que

les effets admis par le droit commun, soit en faveur, soit contre les associés [1].

Il est à regretter que le législateur, qui était averti de l'emprunt que la société civile fait à la commandite, ne se soit pas expliqué sur sa légalité, et comblé, en en réglant les effets, cette lacune, que depuis longtemps M. Émile Vincent avait signalée dans la législation. Ce qui est certain, c'est que son silence nous laisse sous l'empire de la règle que nous venons de rappeler.

Dira-t-on que l'esprit du législateur a été d'atteindre toutes les commandites par actions, les civiles comme les commerciales? Voudrait-on induire cet esprit de ce que l'exposé des motifs et le rapport ont, dans divers exemples qu'ils invoquaient, fait entrer notamment les sociétés pour l'exploitation d'une mine, et par conséquent les sociétés civiles?

Un pareil argument ne saurait légitimer l'application d'une loi dont la violation est punie d'une peine corporelle. Cette application ne serait possible que si la loi l'avait expressément commandé.

D'ailleurs l'argument manquerait de fondement réel. La société pour l'exploitation d'une mine est, il est vrai, civile, mais à condition qu'elle n'existera qu'entre les concessionnaires. Ici encore nous avons établi que ce caractère n'était qu'un privilége personnel, qu'on était libre d'en répudier le bénéfice; que cette répudiation

[1] Voir notre *Commentaire de l'art.* 19 *C. de comm.*, nos 92 et suiv., 123 et suiv.

résultait de plein droit de l'appel fait à des commanditaires [1].

L'exemple cité, supposant cet appel réalisé, a donc pour objet une société commerciale; il ne saurait autoriser le raisonnement et les conséquences qu'on voudrait en induire.

Concluons que la loi de 1856 ne régissant que la société commerciale laisse la société civile en dehors de ses dispositions. Que la qualification de commandite, que la création d'actions soit ordinaires, soit au porteur, ne sont que des abus qui, ne pouvant modifier le caractère de la société, ne sauraient la soumettre à la législation exceptionnelle; qu'elle n'en reste pas moins exclusivement régie par les articles 1862, 1863 et 1864 du Code Napoléon, ce qui atténue singulièrement les dangers que la commandite commerciale par actions fait courir aux tiers. Ne serait-ce pas cette dernière considération qui aurait déterminé le silence gardé par le législateur [2] ?

ARTICLE 4.

Lorsqu'un associé fait dans une société en commandite par actions un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale en fait vérifier et apprécier la valeur.

[1] Voir notre *Commentaire de l'art.* 19 *C. de comm.*

[2] C'est avec bonheur que, dans la *Gazette des Tribunaux* du 21 novembre 1856, nous avons vu M. Horson examiner cette question et lui donner la même solution.

La société n'est définitivement constituée qu'après approbation dans une réunion ultérieure de l'assemblée générale.

Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire.

Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative.

SOMMAIRE.

59. Motifs et but de l'art.
60. Projet présenté par le Conseil d'Etat.
61. Inconvénients de fait signalé par la commission du Corps législatif.
62. Inconvénients de droits.
63. Projets qu'elle proposa, et qui fut adopté par le Conseil d'Etat.
64. L'apport qui ne consiste pas en numéraire doit être vérifié et estimé; comment?
65. La constitution définitive de la société est subordonnée à l'approbation de l'apport. Forme de l'approbation.
66. Majorité qu'elle doit réunir.
67. Les auteurs de l'apport n'ont pas voix délibérative.
68. Assimilation des avantages particuliers à l'apport en nature. Conséquences.
69. Caractère de l'art. 4. Argument qu'il fournit à l'appui de la proposition de soumettre la commandite par actions à l'autorisation du gouvernement.
70. Effets de l'approbation donnée à l'apport.

59. La fraude la plus usuelle dans les sociétés en commandite par actions, celle dont les conséquences étaient les plus compromettantes pour les actionnaires a toujours été sans contredit l'exagération de la valeur de l'apport, ou l'énormité des avantages que le fonda-

teur stipulait en sa faveur. La première, en effet, avilissait les actions avant même leur création, en les rendant sans proportion réelle avec le capital qu'elles étaient censées représenter. La seconde absorbait, au moins en très-grande partie, le bénéfice social, et comme, à défaut de celui-ci, le fondateur ne manquait pas de prélever ses avantages sur le capital lui-même, par exemple, le traitement annuel qu'il s'était alloué, cette seconde cause, comme la première, se résolvait en une perte assurée et certaine pour les actionnaires sérieux.

On ne doit donc pas être surpris qu'un pareil état de choses ait vivement sollicité l'attention du législateur; il appelait inévitablement un contrôle de nature à dissiper le péril qu'il créait, et c'est ce contrôle que l'article 4 organise.

60. Ce n'est qu'après hésitation que cet article a été consacré. Le Conseil d'Etat, reculant devant la nécessité d'une appréciation par le gouvernement, avait cru par cela même qu'on ne pouvait prévenir la fraude qu'en la réprimant, si elle avait osé se produire. La perte de temps qu'on avait voulu éviter devait en effet résulter de tout autre mode arrivant à une vérification et à une approbation préalables.

Il avait en conséquence proposé de déclarer que lorsque, dans une société en commandite par actions, un associé aurait fait un apport dont la valeur réelle serait inférieure de plus de moitié à celle pour laquelle il a été mis dans la société, tout intéressé pourrait demander contre l'auteur de l'apport la réparation du

dommage à lui causé par l'exagération de cet apport, sans préjudice de toute autre action pour fait de dol.

Le Conseil d'Etat ajoutait : Le gérant qui a accepté l'apport peut être déclaré solidairement responsable des condamnations prononcées.

La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter de la publication de la société.

61. C'était, on le voit, l'action en restitution pour cause de lésion. La crainte d'une restitution pouvait rendre l'auteur plus circonspect dans ses prétentions. Cependant, la marge était encore assez large. La faculté de faire impunément payer à la société un million pour une chose qui ne valait en réalité que 600,000 fr., promettait un bénéfice assez considérable pour qu'on fût tenté de se l'approprier. On risquait donc d'encourager la fraude, tout en la forçant de se restreindre dans de certaines limites.

A ce premier inconvénient s'en joignait un second. La valeur à considérer dans l'apport était celle du jour où il avait été réalisé. Cette valeur, facile à déterminer, même après un délai de deux ans, lorsqu'il s'agissait d'un immeuble, comment l'établir pour l'apport, consistant dans un brevet, dans une découverte, dans une idée nouvelle. Aurait-on pu remonter à la date de l'apport, en faisant abstraction de la pratique, et lui rendre cette valeur d'opinion que l'expérience a peut-être réduite à zéro. On risquait donc, au mépris de *l'alea* de l'exploitation d'une nouvelle invention, qui doit également peser sur tous ceux qui s'y associent, de faire

peser sur le gérant seul, ou sur l'auteur, les mécomptes de cette exploitation.

62. A ces objections de fait, la Commission du Corps législatif en ajoutait d'autres puisées dans les principes généraux du droit : « La règle, disait son honorable rapporteur, c'est que les conventions font la loi des parties. La loi y a dérogé pour les mineurs, jamais pour les majeurs, si ce n'est en cas de partage ou de vente, mais seulement au profit du vendeur. La raison de la loi pour les mineurs s'explique d'elle-même ; pour le vendeur, on a considéré qu'il peut s'être trouvé dans une nécessité puissante, qui a enlevé à son consentement tout caractère de liberté. Quant au partage, on n'est restituable pour fait de lésion que parce que celle-ci est envisagée comme une erreur de compte. »

Convenait-il d'assimiler l'actionnaire au mineur, au copartageant, au vendeur? Non, ajoutait le rapport. La légèreté de ceux qui souscrivent des actions est quelquefois bien grande, mais il est pourtant impossible que la loi les considère comme des mineurs ; que le contrat de société soit l'équivalent d'un acte de partage ; et que cet actionnaire qui apporte son argent dans une société et vient adhérer librement à ses statuts soit traité comme le vendeur d'une propriété qui, hésitant entre la ruine et la honte, finit par opter pour la ruine. Le consentement est ou n'est pas. S'il n'y a pas de liberté, c'est le contrat qui doit être anéanti. L'actionnaire n'a pas droit seulement à une réparation, il a droit à la rescision du contrat, et il faut lui rendre son argent.

63. Dominée par ces considérations, reconnaissant d'autre part que le droit tel qu'il existait devait être modifié, la Commission du Corps législatif crut qu'il suffisait de faire un devoir des précautions que la prudence conseille de prendre avant de contracter un engagement quelconque. Ainsi mis en demeure de s'assurer de la nature de l'apport et de sa valeur réelle, les actionnaires qui ont négligé ou omis de le faire n'ont plus même l'excuse d'avoir cédé à un entraînement irréfléchi contre lequel la loi les protégeait. Toute plainte devait donc leur être interdite.

Le Conseil d'Etat, qui avait d'abord résisté, se rangea plus tard à cette opinion, qui a été définitivement consacrée par l'article 4.

64. L'apport, toutes les fois qu'il n'est pas en numéraire, doit être vérifié et apprécié. C'est à l'assemblée générale des actionnaires que le soin de prendre toutes les mesures nécessaires à cet effet est conféré.

Ces mesures ne consisteront guère que dans une visite, une expertise ou la délégation d'hommes de l'art, pour donner leur avis sur le mérite et les chances probables de l'invention que la société a pour but d'exploiter. Ces mesures ordonnées dans une première réunion, les actionnaires sont de nouveau convoqués en assemblée générale pour se prononcer sur les résultats des mesures préparatoirement exécutées.

65. La société n'est définitivement constituée que par l'approbation donnée à l'apport. Il ne pouvait en être autrement, puisque cet apport constituait tout ou partie du capital social; les opérations étaient naturellement

impossibles avant son acceptation par les intéressés.

La loi exige donc deux réunions consécutives. Mais cette exigence suppose que la première se sera bornée à ordonner la vérification et l'appréciation de l'apport. Or, cette double mesure, quels que soient les termes de notre article, n'est que facultative. Si les actionnaires, suffisamment édifiés, la croient inutile, ils peuvent se prononcer, approuver l'apport ou le rejeter dès la première réunion. Leur délibération ne pourrait être querellée ni constituer une irrégularité de nature à exercer la moindre influence sur la validité de la société.

66. Ordinairement, les statuts sociaux règlent les conditions des assemblées générales, déterminent quel doit être le nombre des votants, et la quantité d'actions qu'on doit posséder pour en faire partie ; la loi nouvelle n'innove en rien à cet égard et laisse les choses pour l'avenir dans le même état que pour le passé.

Mais les statuts sociaux ne deviennent obligatoires qu'à partir de la constitution définitive de la société qu'ils doivent régir. Ils ne pouvaient donc s'appliquer aux mesures qui, ayant pour objet de déterminer cette constitution définitive, décideront de l'existence même de ces statuts.

D'ailleurs, et pour prévenir toute difficulté, la loi y a pourvu, en arrêtant elle-même le caractère et la forme de ces réunions préparatoires. Elles doivent se composer de tous les actionnaires, c'est-à-dire que la convocation doit être générale, nominale ; s'adresser au porteur d'une action, et même d'un coupon d'action comme au porteur de vingt, de cent actions ; quelque

minime qu'il soit, l'intérêt existe pour l'un comme pour l'autre, et il était rationnel de les appeler tous à statuer sur une mesure dont les conséquences peuvent entraîner la perte totale ou partielle de l'intérêt qu'ils ont pris dans la société.

Comme dans toute assemblée délibérante, la majorité doit lier la minorité; mais plus l'objet de la délibération était important, et plus il convenait de veiller à ce qu'une fraction minime ne dictât la loi que la négligence, si usuelle en cette matière, aurait remis à sa discrétion.

Il fallait de plus empêcher que le nombre triomphât de l'intérêt, ou l'intérêt du nombre. La protection de la loi est due au souscripteur d'une action comme à celui qui en a pris cent; car la perte n'en sera pas moins onéreuse pour l'un que pour l'autre. Souvent même elle le sera plus encore pour le premier que pour le second.

Notre article exige donc que l'approbation soit donnée par la majorité des actionnaires présents; mais il ne considère cette majorité comme efficace que si elle réunit le quart en nombre de tous les souscripteurs, et le quart en sommes du capital entier. A défaut d'une de ces conditions, il n'y a pas de majorité, l'apport se trouve par cela même rejeté, le projet de société résolu, et chaque actionnaire a le droit de poursuivre la restitution du versement par lui opéré.

67. Le principe que tout actionnaire devait avoir voix délibérative dans ces réunions préalables était susceptible d'une exception. On ne pouvait reconnaître

ce droit à l'auteur de l'apport qu'il s'agit d'approuver ou de rejeter. On pouvait, sans témérité, prévoir la nature du vote qu'il exprimerait. Il était donc naturellement impossible de permettre que ce vote pût influer sur la délibération.

Le dernier paragraphe de l'art. 4 consacre cette exception; mais ce qu'il refuse à l'auteur de l'apport, c'est uniquement la voix délibérative. Il pourra donc assister à la réunion, y prendre la parole, fournir tous renseignements, toutes explications qu'il croira utiles ou qui lui seront demandées; seulement il devra s'abstenir de voter après la clôture de la discussion. La violation de cette prohibition serait de nature à faire infirmer la délibération, si l'une des majorités exigées n'avait été obtenue que par son concours.

68. Dans le projet soumis au Corps législatif, le Conseil d'État ne prévoyait que l'apport, et la commission chargée d'examiner ce projet fit remarquer que les inconvénients qu'on voulait prévenir dans ce cas étaient de nature à se produire non moins énergiquement dans la stipulation d'avantages particuliers, qu'il était donc rationnel de prendre contre celle-ci des précautions dictées contre celui-là.

La Conseil d'État reconnut cette nécessité, et la loi a placé sur la même ligne les avantages particuliers et l'apport d'une chose quelconque.

Donc et alors même que celui qui a stipulé en sa faveur des avantages particuliers aurait fait un apport en numéraire, les formalités prescrites par l'art. 4 n'en seront pas moins obligatoires. On devra vérifier

le caractère de ces avantages, et la société ne sera constituée que par l'approbation que leur donnerait l'assemblée générale des actionnaires. Ces vérification et approbation soumises aux formes de l'art. 4 devraient réunir les conditions que nous venons de rappeler.

69. L'art. 4, en proclamant la nécessité de se précautionner contre une fraude que le Conseil d'Etat déclarait la plus dangereuse de toutes, justifie en principe la demande de faire intervenir le gouvernement. La substitution du contrôle des actionnaires à celui qui résultait de cette intervention est-elle heureuse? Qu'on nous permette d'en douter. Au dire même de l'honorable rapporteur, l'exécution de l'art. 4 offrira ses inconvénients. A nos yeux, ces inconvénients ont une proportion bien plus large que celle qui pouvait résulter de l'appel à l'autorisation du gouvernement, sans offrir aucun de ses avantages.

Sous le rapport de la certitude de l'expertise, peut-on mettre en balance les moyens dont les actionnaires pourront disposer et ceux dont le gouvernement était pourvu? Celui-ci n'avait-il pas à consulter les sommités dans les arts et les sciences, tandis que les experts ne pourront être choisis que dans un cercle assez étroit.

En supposant même chez ces derniers toute la capacité désirable, auront-ils par devers eux tous les éléments indispensables à l'exact accomplissement de leur mission? La valeur d'une découverte en commerce s'apprécie surtout par les chances favorables qu'elle offre; l'appréciation de celles-ci exige, non la

connaissance des besoins d'une localité, quelque étendue qu'elle soit, mais celle de l'état général de l'industrie qu'il s'agit d'exploiter sur des bases nouvelles ou plus étendues, sur les besoins, non-seulement du pays entier, mais encore des contrées plus ou moins éloignées. Or, cette connaissance, le gouvernement l'a ou peut l'avoir facilement. Comment les experts privés se la procureront-ils?

Autre inconvénient plus majeur encore. L'auteur du projet, qui a stipulé des avantages en échange de son idée, devra, pour les faire approuver, soumettre aux actionnaires son plan, en expliquer la nature et les moyens d'exécution. Cette confidence, sans danger lorsqu'elle est faite au gouvernement, n'est-elle pas essentiellement périlleuse lorsqu'elle s'adresse à des industriels plus ou moins nombreux, appartenant à des nationalités différentes. Il sera loisible aux actionnaires, après la divulgation de l'idée, de rendre la société impossible en diminuant ou refusant les avantages demandés, et de profiter de cette divulgation ; c'est-à-dire que l'auteur sera dépouillé de sa propriété la plus intime et la plus sacrée. Schœffer, que l'illustre Guttemberg s'était associé après avoir découvert l'imprimerie, ne rompit-il pas avec lui sous différents prétextes, n'alla-t-il pas exercer ailleurs cette idée simple et sublime, dans le but de s'en approprier le profit et l'honneur[1]?

La perte de temps qui devait résulter d'un appel au

[1] Paignon, *Loco citato*, p. 71 et suiv.

gouvernement, était-elle de nature à le faire repousser? Nous pourrions répondre, avec l'honorable rapporteur, que le danger, à l'origine d'une société, loin d'être dans la lenteur, est dans la précipitation. Est-ce que d'ailleurs l'art. 4 fait disparaître cet inconvénient? ne l'aggrave-t-il pas, au contraire?

Il faut une réunion générale d'abord, une expertise ensuite, puis la discussion de l'opinion des experts. On ne saurait contester aux actionnaires le droit d'ordonner une nouvelle épreuve, si la première leur paraît insuffisante. Nouvelle et considérable perte de temps.

Parlerons-nous de la difficulté de réunir des actionnaires fort éloignés du siége social, de celle d'obtenir la double majorité requise? Ces difficultés sont sérieuses, l'expérience le prouve chaque jour. L'impossibilité de vaincre la négligence des uns, la mauvaise volonté des autres, pourrait donc amener la ruine de la société, par l'impuissance de remplir les formalités ordonnées en vue de la constitution.

Tant mieux, s'écrie M. Romiguières, si l'assemblée ne peut se constituer, car il en ressortirait la preuve ou que les actionnaires sont en grande partie des prête-noms de ceux qui ont fait l'apport, ou bien que ces actionnaires, s'ils sont sérieux, se repentent, et que, mieux éclairés, ils veulent protester par leur absence contre des souscriptions arrachées à leur faiblesse [1].

La première de ces hypothèses n'est pas supposable. Non pas que nous admettions que le versement du

[1] *Commentaire de la loi de 1856*, art. 4.

quart ait fait cesser absolument l'abus des souscriptions de complaisance, mais parce que, en supposant celle-ci, les actionnaires, loin de s'abstenir de la réunion, s'empresseront d'y accourir et d'accepter comme actuellement démontrée la valeur que celui envers qui ils se sont déloyalement engagés aurait donnée à son apport. Comprendrait-on des complaisants qui reculeraient devant la conséquence en quelque sorte forcée de leur conduite?

Reste la seconde hypothèse, et nous avouons qu'elle n'aurait rien de regrettable s'il s'agissait d'une société comme nous en avons vu beaucoup trop. Mais si cette société est sérieuse, si son objet est réellement utile, n'est-il pas déplorable que ses développements soient invinciblement arrêtés par une inertie irrationnelle, par une répulsion sans motif et sans cause? On n'a pas voulu donner aux actionnaires l'action en rescision, et cette rescision, ils l'obtiendront par une abstention combinée, et parce que, persuadés d'avance de voir rejeter par la majorité une opposition qu'ils seraient peut-être fort embarrassés de justifier, ils n'ont pas osé tenter l'épreuve d'une délibération.

Nous avons donc raison de le dire, l'art. 4 ne remédie à aucun des inconvénients qui ont fait repousser l'appel au gouvernement; il les aggrave, au contraire. La nécessité de le consacrer cependant était donc l'argument le plus décisif en faveur de la proposition tendant à rendre cet appel obligatoire.

Ce qui est fort à redouter, c'est que l'article 4 ne reçoive aucune exécution. Les actionnaires voudront

surtout éviter la perte de temps à laquelle ces formalités donneraient lieu, et, soit par entraînement, soit par suite de la confiance qui les a déterminés à prendre cette qualité, ils accepteront comme juste la valeur donnée à l'apport. Ainsi l'article par lequel on a voulu les protéger se tournera contre eux. A toutes leurs réclamations ultérieures, quelque fondées qu'elles fussent, l'auteur de l'apport ne manquera pas de leur opposer l'inexécution de cette prescription. Pourquoi n'avez-vous pas fait vérifier et estimer lorsque la loi vous imposait le devoir de le faire? Que répondre à cette fin de non-recevoir.

Le devoir du législateur de protéger les actionnaires contre leur propre imprudence reconnu et admis, le principe devait être poussé jusqu'à ses dernières limites. La protection devait être imposée. S'en remettre à la volonté des actionnaires, c'était s'exposer, à un autre point de vue, au danger qu'on voulait prévenir. L'entraînement auquel est due la souscription ne dominera-t-il pas également dans l'exécution des précautions? Où sera dès lors l'efficacité de celles-ci?

L'avenir résoudra ce problème, que nous devions signaler.

70. En l'état, l'approbation donnée à l'apport, de quelque manière qu'elle se soit produite, rend cet apport définitif. Il ne pourrait être ultérieurement querellé d'insuffisance, et la nullité de la société sur ce prétexte ne serait possible que s'il était justifié que cette approbation n'a été déterminée que par des manœuvres dolosives ou frauduleuses.

ARTICLE 5.

Un conseil de surveillance composé de cinq actionnaires au moins est établi dans chaque société en commandite par actions.

Ce conseil est nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution de la société, et avant toute opération sociale.

Il est soumis à la réélection tous les cinq ans au moins; toutefois, le premier conseil n'est nommé que pour une année.

SOMMAIRE.

71. Motifs qui avaient donné naissance aux Conseils de surveillance dans les commandites par actions.
72. Ce qu'étaient les Conseils avant la loi nouvelle.
73. Part que la législation avait dans leur inefficacité.
74. Remèdes divers proposés. Décision adoptée.
75. Composition du Conseil de surveillance. Conséquence de la restriction du choix entre les actionnaires.
76. Par qui il doit être nommé. Avantages de l'élection par les actionnaires eux-mêmes.
77. Composition de l'assemblée chargée de procéder à l'élection. Conditions de celle-ci.
78. Tous les actionnaires sont éligibles. Rejet de la proposition de fixer un nombre d'actions nécessaire pour pouvoir être élu.
79. Le Conseil doit être composé de cinq membres au moins. Conséquences.
80. Le gérant n'est pas tenu d'arrêter les opérations dans aucun cas.
81. Motifs de la nécessité d'être réélu après cinq ans. Caractère de cette disposition.
82. N'est pas un obstacle au remplacement jugé nécessaire avant les cinq ans.
83. La réélection du premier Conseil doit avoir lieu après un an. Pourquoi?
84. Résumé.

71. La responsabilité indéfinie, que sa qualité im-

pose au gérant, avait pour conséquence nécessaire de le rendre arbitre souverain et absolu du mode d'administration de la société. C'est sous son nom que se font les opérations, lui seul est dans le cas de subir les effets d'une déclaration de faillite; seul enfin, il est tenu des engagements sociaux sur tous ses biens. Il y va donc pour lui de sa fortune, de son honneur, de sa liberté. On ne pouvait donc le soumettre à suivre d'autres inspirations que les siennes. Aussi voyons-nous la loi ne pas se borner à consacrer cette règle. Elle a de plus prohibé aux commanditaires tout acte d'immixtion dans l'administration, sous peine de devenir solidairement et indéfiniment obligés.

L'étendue du pouvoir du gérant, l'abstention et l'éloignement forcés des commanditaires, offraient un danger imminent pour la société. L'incapacité du gérant était dans le cas de la ruiner, avant que ces derniers eussent connu le danger et pu le conjurer. Ce qui pouvait en résulter, c'était un obstacle à la formation de la société, la nécessité de livrer l'argent sans possibilité de contrôle devant paraître exorbitante à tout citoyen prudent et avisé.

72. Cette éventualité avait frappé la spéculation elle-même et l'avait déterminée à l'écarter. Aussi, et quelle que fût la nature de la société, les prospectus ne manquaient pas de faire sonner bien haut les noms honorables sous le patronage desquels on plaçait ses opérations futures, et qui, constituant un conseil de surveillance, semblaient avoir reçu la mission de contrôler les actes du gérant, d'éclairer la gestion, de la

maintenir dans les voies qu'elle devait suivre et de rassurer, par cela même, les intérêts auxquels on faisait appel.

Ce qui donne la mesure de la subtile habileté de la fraude, c'est que cette institution, réellement utile, et qui semblait devoir conjurer le danger, était venue précisément ajouter à sa gravité. Livré au choix exclusif du fondateur, le conseil de surveillance n'était qu'un piége, une amorce auxquels on se laissait prendre. On présentait des noms recommandables, qui paraissaient ainsi être intéressés dans l'opération, quoique souvent on procédât à l'insu des porteurs et sans même les avoir consultés. Et c'est ainsi que, soit par complaisance, soit par ignorance, soit par faiblesse, ces conseils de surveillance ne surveillaient rien, et n'existaient réellement que sur les statuts sociaux.

73. Que pouvaient faire d'ailleurs ces conseils? Le plus souvent leurs membres n'étaient pas même actionnaires, et l'absence de tout intérêt dans l'opération n'était pas de nature à recommander une bien vive sollicitude.

Quant à ceux qui avaient réellement la qualité d'actionnaires, leur position était bien plus délicate encore. En l'absence de loi définissant et déterminant leur mission, leur intervention pouvait être soutenue et déclarée constituer l'immixtion prohibée aux commanditaires, et leur imposer la responsabilité solidaire et indéfinie attachée à cette immixtion.

Cette éventualité, qui pouvait atteindre les non actionnaires eux-mêmes, commandait aux conseils de sur-

veillance la plus extrême circonspection. Malheureusement cette circonspection était allée jusqu'à l'abstention la plus complète. Heureux encore lorsque l'absence de toute responsabilité pour les actes de déloyauté qu'ils auraient laissé commettre ne les déterminait pas à s'associer complaisamment à toutes les volontés du gérant.

Cet état de choses accusait un vice dans les personnes, mais signalait énergiquement une lacune importante de la législation. Il fallait conserver l'institution dont l'utilité ne pouvait être méconnue; mais pour lui assurer toute son efficacité, il convenait, d'une part, de rassurer contre les conséquences d'une immixtion ; de l'autre, d'attacher une peine à la violation des devoirs constituant la mission des conseils de surveillance.

74. Le législateur de 1856 a parfaitement apprécié la position des choses et sagement réglé celle des personnes. En déterminant nettement les prérogatives des conseils de surveillance, il a rendu impossible toute querelle d'immixtion, tant que ces conseils n'auront pas excédé les actes qui leur sont attribués. La peine édictée contre la négligence ou l'oubli du devoir, contre la complaisance coupable, permet d'espérer, dans l'avenir, la cessation des abus déplorables qu'on ne pouvait trop regretter.

Le rapport de l'honorable M. Langlais rend compte des diverses propositions que la détermination, la composition et le choix du conseil de surveillance firent surgir; ces propositions furent successivement repoussées. On consacra uniquement celle du gouvernement, devenue l'art. 5, que nous examinons.

75. Désormais, dans toute société en commandite par actions, un conseil d'administration est obligatoire. La société ne peut commencer ses opérations qu'après son institution.

Ce conseil doit être exclusivement composé d'actionnaires. L'intérêt personnel que ceux-ci ont au succès de l'opération est une garantie de la fidèle exécution de la mission de contrôle que reçoit le conseil. En agissant pour tous, les membres du conseil agiront pour eux-mêmes. Ce point de vue était trop avantageux pour qu'on pût le négliger.

Ainsi, d'ailleurs, disparaît tout emploi de ces noms retentissants, dont la personnalité s'effaçait au jour du désastre, et auquel on n'avait recours que pour inspirer une fausse croyance, que pour entraîner et déterminer la confiance.

Contre cet abus, la loi a pris encore une autre précaution. La meilleure manière de le déraciner était de rendre irréalisables les effets qu'on s'en était promis. C'est ce qui résulte désormais de l'époque à laquelle est fixée l'élection. Elle ne peut avoir lieu, aux termes de notre article, qu'après la constitution définitive de la société. Celle-ci ne pouvant se réaliser qu'après la souscription du capital entier notamment, on n'a plus aucun intérêt à recourir à un moyen destiné à encourager cette souscription. Le voulût-on d'ailleurs, que l'exigence de la qualité d'actionnaire pour les membres du conseil rendrait impossible tout appel à un nom dont le propriétaire ne ferait pas partie de la société.

76. La nomination du conseil, abandonnée à l'auteur du projet de société, offrait un danger qu'il était prudent de conjurer. L'intérêt du fondateur est de rencontrer dans le conseil de surveillance, bien moins un contrôle actif qu'une bienveillance à toute épreuve. Or le choix, même restreint aux actionnaires, n'aurait pas manqué de se ressentir de cet intérêt : les parents, les amis les plus intimes du gérant seraient devenus l'objet de ce choix.

Déférer ce choix aux actionnaires eux-mêmes, comme le fait la loi nouvelle, offrait donc l'avantage d'empêcher tout abus de ce genre. C'était là, d'ailleurs, ce que conseillaient la raison et la logique. Puisque la surveillance devait s'exercer sur les actes du gérant, en faveur des actionnaires, il était naturel qu'on laissât à ces derniers le soin de choisir ceux à qui ils croyaient convenable de confier cette mission.

77. L'assemblée générale chargée d'élire le conseil de surveillance n'obéit, dans sa constitution, qu'aux règles tracées par les statuts eux-mêmes. Elle n'est composée que des actionnaires ayant droit de voter d'après le nombre des actions dont ils sont porteurs et aux termes de ces statuts.

Sans doute, l'assemblée réunie pour statuer sur l'apport peut, après l'avoir admis, choisir de suite les membres du conseil de surveillance; mais, dans tous les cas, l'élection a lieu à la majorité des membres présents, quel que soit leur nombre, pourvu que celui exigé par les statuts soit atteint, et sans qu'il soit nécessaire que cette majorité réunisse le quart des ac-

tionnaires et celui du capital. Les exigences de la loi à cet égard sont exclusivement spéciales aux assemblées appelées à délibérer sur la valeur de l'apport ou sur l'appréciation des avantages particuliers.

78. L'éligibilité des actionnaires n'est soumise à aucune condition. Le porteur d'une seule action peut être élu comme celui qui en a souscrit cent, alors même que les statuts n'accorderaient voix délibérative qu'au porteur d'un nombre d'actions déterminé.

Plusieurs membres du Corps législatif, dans la vue de rendre le contrôle plus actif, parce que l'intérêt serait plus considérable, proposaient qu'on ne pût faire partie du conseil que si on avait souscrit un certain nombre d'actions. Cette proposition ne fut pas accueillie par la commission. Fixer la part des membres du conseil à un chiffre trop faible, observait-on, c'est s'exposer à rendre la précaution illusoire; l'élever trop haut, c'est se priver peut-être d'un concours utile : on se contenta donc de la simple qualité d'actionnaire, et on ne voulut en rien gêner la libre indépendance des intéressés dans le choix qu'on leur déférait.

79. En fixant à cinq au moins le nombre des membres du conseil de surveillance, le législateur a indiqué que la régularité de son institution tient à ce nombre, au-dessous duquel il ne saurait jamais descendre. Cette volonté et ses conséquences deviennent des motifs graves pour que l'assemblée élise un plus grand nombre, pour ne pas trop multiplier les occasions de recourir à l'assemblée générale.

Il est évident, en effet, que si le conseil ne compte

que cinq membres, il sera en quelque sorte désorganisé et positivement empêché d'agir par l'empêchement ou l'absence d'un seul; qu'en cas de démission ou de décès, il devra être immédiatement procédé à une nomination nouvelle, et l'on sait que les réunions générales ne sont pas sans difficultés.

La prudence conseille donc de porter ce nombre à un chiffre tel, que dans tous les cas le conseil puisse se réunir au nombre de cinq; qu'on puisse sans inconvénients renvoyer les nominations rendues nécessaires à l'assemblée annuelle que la loi va bientôt prescrire.

80. Dans tous les cas où par une circonstance quelconque le conseil est réduit à moins de cinq membres, ce conseil n'a plus d'existence régulière, d'où la nécessité de le compléter immédiatement. Mais on comprend qu'un certain délai sera nécessaire, soit pour réunir les actionnaires, soit pour atteindre le nombre de délibérants prescrit par les statuts. Il sera donc vrai que pendant ce délai le contrôle régulier exigé par la loi ne pourra être légalement exercé. Faut-il que le gérant arrête les opérations sociales pour ne les reprendre qu'après la nomination ?

Evidemment non, car le remède serait pire que le mal et produirait des effets funestes pour la société. Le danger de suspendre les opérations en cours d'exécution, l'impossibilité de le faire bien souvent n'ont pas besoin d'être démontrés. Il n'est pas possible que le législateur ait voulu méconnaître celle-ci, et imposer à la société les conséquences de celui-là. A quoi bon

d'ailleurs? Le conseil, rendu à son existence légale, portera son attention sur les actes accomplis dans l'interrègne, et ne laissera pas impunies les irrégularités ou les fraudes que le gérant se serait permises.

Celui-ci doit donc continuer les opérations sociales, tout en faisant ses diligences pour la reconstitution du conseil. Autre chose est de commencer les opérations, autre chose de les suivre lorsqu'elles sont régulièrement mises en cours d'exécution. La prohibition que la loi fait de mettre la société en mouvement, tant que le conseil de surveillance n'est pas institué, ne saurait s'étendre à l'hypothèse que nous supposons; ce qui est facile et avantageux dans le premier cas serait souvent impossible et presque toujours funeste dans le second.

81. Le législateur qui venait soustraire les actionnaires aux effets des pouvoirs conférés naturellement au gérant ne pouvait reconnaître au conseil de surveillance l'omnipotence qu'il refusait à ce gérant, ni lui permettre de se perpétuer dans l'exercice de sa mission, alors même qu'il n'aurait pas déployé dans son accomplissement cette activité et ce zèle qui en constituent l'essence. Le seul moyen d'assurer le contraire était de rendre les pouvoirs du conseil essentiellement temporaires.

Voilà pourquoi on a prescrit la réélection du conseil tous les cinq ans. La loi parle de réélection et non de remplacement; cela prouve qu'elle a entendu que ce conseil pût être confirmé et maintenu, et elle a eu raison de l'admettre ainsi, les connaissances acquises dans l'exécution du mandat qui vient d'expirer rendant la

tâche plus facile, et inutiles les études auxquelles devraient se livrer des membres nouveaux.

82. Résulte-t-il de là qu'aucun remplacement ne peut être opéré avant l'expiration des cinq ans? que les actionnaires seront forcés de subir pendant cette période de temps entière le conseil qui aurait négligé de remplir ses devoirs ou qui les aurait violés? Résoudre affirmativement cette question, ce serait méconnaître la lettre et l'esprit de la loi.

La lettre; car le terme de cinq ans n'est stipulé que comme un délai *maximum* à l'expiration duquel l'assemblée devra être forcément consultée sur le maintien ou le remplacement du conseil. Mais de ce que la question ne *doit* être posée qu'après cette expiration, il ne s'ensuit nullement qu'elle ne pourra pas être soulevée avant dans une de ces assemblées annuelles où le conseil est précisément appelé à faire son rapport. La certitude qu'il n'a pas fidèlement rempli sa mission pendant le cours de cette année laisserait aux actionnaires l'initiative pour proposer et effectuer son remplacement total ou partiel.

L'esprit; car ce qui a exclusivement dominé le législateur, c'est l'intérêt des sociétaires. C'est pour obéir à cette pensée qu'il a exigé une manifestation formelle de leur intention chaque cinq ans. Comment donc concevoir qu'il ait voulu exclure la mesure que les exigences de ces intérêts rendraient urgente à toute autre époque?

83. La preuve de cette intention du législateur nous est fournie par l'ensemble de la loi, et spécialement

par la disposition finale de l'art. 5. Lors de la première réunion, les actionnaires encore étrangers les uns aux autres, obligés de choisir parmi des inconnus, pouvaient, dans leur choix, ou trop obéir aux suggestions du gérant lui-même, ou être dupes d'une fausse opinion. Il pouvait donc se faire que l'expérience d'une épreuve qui a duré un an vînt démontrer l'erreur et inspirer le regret.

Cette éventualité a suffi pour soumettre, en quelque sorte, à une confirmation l'élection faite dans ces circonstances. Au bout de l'année, les actionnaires, non-seulement pourront, mais encore devront s'expliquer. La loi exige d'eux la réélection du conseil.

84. En résumé donc le conseil de surveillance est dans tous les temps à la libre disposition de la majorité; il n'est institué que dans l'intérêt des actionnaires, cet intérêt doit être son mobile unique. En conséquence, à quelque époque qu'il méconnaisse ce devoir, il suffit que les sociétaires aient déclaré l'existence de la violation, soit volontaire, soit par négligence, pour qu'ils aient le droit de retirer le mandat qu'ils avaient donné et de le confier à des mains plus dignes.

L'absence de tout reproche de ce genre prouve que le conseil remplit convenablement sa mission. Cependant après chaque cinq ans, la loi exige que cette présomption devienne une certitude en appelant les actionnaires à confirmer le conseil et en manifestant ainsi hautement leur approbation.

Enfin, par les motifs que nous avons indiqués, le conseil élu avant la mise en mouvement de la so-

ciété doit être réélu après un an d'exercice seulement.

On n'accusera certes pas la loi d'avoir manqué de prévoyance ou de prudence. On ne pouvait, à l'endroit des conseils de surveillance, faire mieux ni plus dans l'intérêt des actionnaires. A eux donc à féconder les germes de protection que le législateur a semés, en donnant à leur conduite le même caractère de prudence et de prévoyance; à eux à s'abstenir surtout de cette négligence funeste qui les tient éloignés de toute réunion et qui, laissant le sort de la société entre les mains d'une minorité avide ou intéressée, est souvent la principale cause de la ruine qu'ils déplorent.

ARTICLE 6.

Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés, toute société en commandite par actions constituée contrairement à l'une des prescriptions énoncées dans les articles précédents.

Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.

ARTICLE 7.

Lorsque la société est annulée aux termes de l'article précédent, les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables solidairement et par corps avec les gérants de toutes les opérations faites postérieurement après leur nomination.

La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre les fondateurs de la société qui ont fait un ap-

port en nature, ou au profit desquels ont été stipulés des avantages particuliers.

SOMMAIRE.

85. Utilité d'une sanction pénale à l'exécution des articles précédents. Caractère qu'elle devait offrir.
86. La société organisée contrairement aux articles 1, 2, 3, 4 et 5, est nulle entre les intéressés. Effets de cette nullité. Droit des associés.
87. Motifs de la différence entre elle et celle de l'art. 42 C. de comm., relativement au passé.
88. Conséquence du caractère de la nullité, quant au droit de la provoquer.
89. Autre conséquence quant à la durée de ce droit. Dans quel délai il se prescrit.
90. Le droit d'opposer la prescription par exception est imprescriptible. Son étendue dans le cas où elle serait proposée après trente ans.
91. Point de départ de la prescription.
92. Personnes comprises dans le mot intéressés employé par l'article 6.
93. La nullité de l'article 6 ne peut être opposée aux tiers par les intéressés. Motifs qui ont porté le législateur à l'exprimer. Leur rationalité.
94. Conséquences quant à l'action directe des tiers. Quand pourra-t-elle être exercée.
95. Cette nullité pourra-t-elle être opposée par les tiers aux intéressés? Oui, si le tiers est un créancier de l'un d'eux.
96. Non, s'il est débiteur de la société prétendue.
97. Devoir que l'article 7 impose au conseil de surveillance dès sa nomination. Nature de la peine encourue par l'omission ou la négligence.
98. Est-ce la poursuite seulement, est-ce également la condamnation qui est déclarée facultative.
99. Caractère de la mission confiée aux tribunaux. Sévérité qu'ils doivent déployer.
100. Objections que souleva la disposition de l'article 7.
101. Motifs qui les firent repousser.
102. A quelles opérations s'applique la responsabilité du conseil.
103. *Quid*, de celles traitées avant la nomination. Le conseil peut-il en répondre s'il ne les a pas fait connaître aux actionnaires ?
104. Ceux-ci peuvent-ils prendre ces opérations pour le compte de la société ?

105. Caractère et effets de la délibération prise à ce sujet. Elle ne lierait pas la minorité. Conséquences.
106. Qui peut invoquer le bénéfice de l'article 7.
107. Effets de la responsabilité qu'il édicte.
108. Cette responsabilité peut être encourue par le fondateur de la société et celui qui a stipulé des avantages particuliers. Dans quels cas ?

85. Nous abordons la série des dispositions pénales sous la sanction desquelles le législateur a placé les exigences qu'il impose. Omettre cette sanction, c'était, non imposer une obligation, mais donner des conseils. Que seraient-ils devenus pour la fraude, qui s'étudie à agir contre toutes les prohibitions légales? les aurait-elle respectés et suivis? Or, comme c'était précisément contre la fraude qu'on venait de prendre des précautions, fallait-il bien la contraindre à les subir, à peine de se voir arracher le bénéfice qu'elle avait cherché à réaliser déloyalement. De là, la disposition de l'art. 6.

La répression de la fraude dans la matière n'est pas seulement d'intérêt privé. Le trouble que ses manœuvres peuvent apporter au crédit public la rend fort désirable au point de vue de l'intérêt général. La peine, en cas de violation de la loi protectrice, devait dès lors satisfaire également cet intérêt général. Nous verrons sous l'art. 11 que cette considération n'est pas restée stérile.

86. Entre associés et sous le rapport de l'intérêt privé, la société organisée contrairement aux conditions prescrites par les art. 1, 2, 3, 4 et 5, est nulle et de nul effet. Cette nullité, puisée dans la violation d'une loi impérative, est absolue. Elle rétroagit

au moment du contrat, il n'y a jamais eu de société.

De là cette conséquence que chaque actionnaire est, non-seulement libéré de tous ses engagements pour l'avenir, mais encore fondé à exiger le remboursement de tout ce qu'il a payé jusqu'au jour de l'annulation. La prétention du gérant de retenir une part quelconque de la perte éprouvée ne saurait être accueillie. Chargé plus spécialement de l'exécution de la loi, on devait le punir de préférence de son inexécution. Comment d'ailleurs lui reconnaître le droit d'exciper d'une perte sociale, lorsque de lui aux souscripteurs la société n'était que conditionnelle, que son existence était exclusivement subordonnée à l'exécution complète des prescriptions de la loi? Ce défaut d'exécution ayant empêché la société de se former, toutes les opérations que le gérant n'a pas craint d'accomplir lui deviennent personnelles, et par conséquent la perte qu'elles ont donnée est à sa charge propre et exclusive. Il ne serait ni recevable ni fondé à en grever dans une proportion quelconque ses prétendus associés.

87. Il se réalise donc dans l'hypothèse de l'art. 6 le contraire de ce que nous avons enseigné en commentant l'art. 42 du Code de commerce. Nous avons vu en effet que la nullité encourue pour violation de ses prescriptions n'agissait que pour l'avenir et ne pouvait effacer la société de fait qui avait existé jusqu'au jour du jugement d'annulation; qu'en conséquence, il était de doctrine et de jurisprudence que, même pour les associés entre eux, il y eût lieu à une liquidation des opérations antérieures, et que tous de-

vaient contribuer, proportionnellement à leur intérêt, à la perte éprouvée.

La raison de cette différence se trouve dans le caractère de la nullité. Celle qui résulte de la violation de l'art. 42 est tout extrinsèque, de pure forme et n'a jamais pu dès lors influer sur la constitution de la société. Elle peut bien devenir un obstacle à sa continuation, mais elle ne saurait faire que jusque-là la société n'eût pas réuni toutes les conditions essentielles à son existence, ni annuler l'effet du consentement librement, volontairement et légalement donné par tous les associés.

« Attendu, disait notamment la Cour de Paris dans un arrêt du 26 janvier 1855, que pour l'application de la maxime *quod nullum est, nullum producit effectum*, il faut distinguer les nullités substantielles de l'acte de société, qui rompent tout lien de droit entre les coassociés, des nullités extrinsèques, qui ne rompent le lien social qu'à partir de la nullité prononcée pour l'avenir, le surplus des conventions, et pour le passé, liant entre elles les parties contractantes.

« Considérant, dit-elle dans un second arrêt du 12 mai suivant, qu'il est de principe que les nullités prononcées pour vice de forme ne s'appliquent qu'à l'avenir ; que la convention subsiste pour les faits accomplis et doit recevoir son exécution ; qu'il serait contraire au droit, à la raison, à l'équité que l'irrégularité de l'acte suffit pour libérer le coassocié d'un consentement librement et volontairement donné. »

Or, la nullité édictée par notre article 6 est, non-

seulement d'ordre public, mais encore essentiellement substantielle. Elle atteint la convention dans son essence, puisque, en effet, le législateur ne reconnaît la société que si les actions sont de 100 ou de 500 fr., selon que le capital est inférieur ou supérieur à 200,000 fr.; que si chaque actionnaire a versé le quart au moins des actions par lui souscrites; que si cette double circonstance a été constatée par une déclaration notariée; que si l'apport en nature ou les avantages particuliers ont été sanctionnés par la majorité en somme et en nombre; enfin que si le conseil de surveillance a été régulièrement nommé. Il est évident que le défaut de ces conditions, ou l'omission d'une ou de plusieurs, n'a pas permis à la société de se constituer; il n'y a donc jamais eu d'être moral capable de contracter et par conséquent d'engager d'une façon quelconque les diverses personnalités qui projetaient de le réaliser.

On comprend dès lors la différence que nous signalons. Dans le cas de l'art. 42, la société a notablement existé et a pu, dès lors, légalement fonctionner tant que sa nullité n'a été ni réclamée ni prononcée. Donc, ce qu'elle a fait jusque-là est obligatoire pour tous ses membres. En réalité, l'action est plutôt en rescision qu'en nullité.

Dans l'hypothèse de l'art. 6, la société n'a jamais été constituée; elle n'a donc jamais pu agir légalement et obliger un autre que celui qui a personnellement contracté. *Quod nullum est, nullum producit effectum.* C'est le cas d'appliquer cette règle, et l'on sait que dans

cette application il n'y a pas à distinguer entre le passé et l'avenir.

La différence dans les effets est d'ailleurs indiquée par celle des textes. L'art. 42 se borne à édicter la nullité. L'art. 6 déclare la société nulle et de nul effet. Ce serait donc méconnaître sa disposition que d'admettre qu'elle ait pu en produire aucun à une époque quelconque.

88. Une autre conséquence du caractère radical et absolu de la nullité est la prohibition de toute ratification. Le droit de la provoquer appartient à chaque souscripteur en particulier. L'exercice de ce droit ne pourrait être contesté sous prétexte de l'adhésion que tous les actionnaires donneraient au gérant. Cette adhésion aurait pour résultat d'autoriser et de consacrer une violation de la loi, aujourd'hui considérée et punie comme un délit. Or, cette faculté n'a jamais été donnée à personne.

Il y a plus, la nullité de la société ayant empêché tout lien quelconque, il n'y a, en réalité, point d'associés. Le souscripteur poursuivant n'a donc ni à demander la dissolution de la société, ni à tenir en cause les autres souscripteurs. Son seul adversaire est le gérant, qu'il veut, peut et doit contraindre à lui restituer les sommes par lui versées dans la société projetée.

Vainement le gérant opposerait-il l'assentiment des autres actionnaires, vainement exciperait-il de l'approbation formelle ou de l'exécution que le demandeur lui-même aurait donnée à la société, la nullité, d'ordre public, ne peut être couverte ni expressé-

ment, ni tacitement. Un délit ne peut être effacé ni surtout devenir un fait licite par l'approbation que lui aurait donnée celui-là même qui devait en être victime.

89. Une autre conséquence du caractère de la nullité est de soustraire l'action à la règle tracée par l'article 1304 du Code Napoléon. Le droit de l'intenter et de la poursuivre dure trente ans, et n'est régi que par l'art. 2262 même Code.

Peu importerait même que, dans cet intervalle, la société fût arrivée à son terme, ou, par toute autre circonstance, eût été dissoute et liquidée. La liquidation ne fait disparaître l'intérêt des actionnaires que si elle a produit un bénéfice, ou si, en l'absence de tout bénéfice, elle a fait rentrer chaque souscripteur dans l'intégralité des sommes par lui versées.

Si elle solde par une perte quelconque, l'intérêt attaché à la demande en nullité est incontestable. Son succès aura en effet pour résultat le remboursement intégral des actions, et par conséquent le droit de repousser toute proportionnalité dans la perte. L'évidence de cet intérêt justifie à son tour la recevabilité de l'action destinée à en acquérir le profit.

90. La durée de la prescription de l'action en nullité, par voie principale, est donc de trente ans. Elle ne connaît aucune limite dans le cas où la nullité n'est proposée que par voie d'exception. A quelque époque que le gérant poursuive le payement du solde des actions, la nullité formant l'obstacle le plus invincible au succès de la demande sera utilement proposée, et pourra

l'être en vertu de la règle, *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

Mais si, au moment de l'exception, le délai de trente ans laissé à l'action était expiré, l'effet de la première se réduirait à repousser l'obligation de compléter le versement. La faculté de proposer l'exception se réduit à faire consacrer le rejet de la demande, mais ne saurait permettre l'accueil d'une action reconventionnelle. Or, tel serait évidemment le caractère de celle qui tendrait à la restitution des sommes déjà payées. En conséquence, si au moment où elle est formulée elle était prescrite par l'expiration du délai de trente ans, elle devrait être repoussée.

Donc, dans l'hypothèse que nous supposons, l'effet de la nullité se réduirait à faire consacrer ce qui constitue l'exception, c'est-à-dire la défense à l'action. Le souscripteur obtiendrait d'être affranchi du payement qui lui serait demandé, mais on devrait lui refuser la restitution de ce qu'il aurait payé.

91. Dans tous les cas, le délai de la prescription commence à courir du jour où l'accomplissement de toutes les conditions prescrites l'ayant constituée définitivement, la société a été publiée conformément aux prescriptions du Code de commerce.

92. Le mot *intéressés* a, dans l'art. 6, la même signification que dans l'art. 42 C. de comm. Il désigne exclusivement les associés eux-mêmes, leurs héritiers ou ayants cause.

Au nombre de ces derniers figurent incontestablement les créanciers personnels des associés. Ils pour-

raient donc, en leur qualité, poursuivre la nullité édictée par l'art. 6.

L'intérêt qu'ils ont à la faire prononcer ne saurait être méconnu. Ils obtiendraient par ce moyen la rentrée, dans l'avoir personnel de leur débiteur, de tout ce qui en avait été distrait pour former le capital social, et l'affranchiraient ainsi du privilége que le maintien de la société concéderait aux créanciers sociaux sur tout ce qui compose ce capital. L'évidence de cet intérêt justifierait l'action, si d'ailleurs l'art. 1166 C. Nap. pouvait laisser le moindre doute.

93. La nullité édictée par l'article n'existe qu'entre les intéressés, elle ne peut être opposée aux tiers. Cette solution s'induisait du principe général en matière de société. Le législateur de 1856 a cru devoir la consacrer expressément.

La précaution n'était pas inutile, d'abord par le caractère de la nullité elle-même. On pouvait soutenir que la règle du Code de commerce, ne s'appliquant qu'à des nullités extrinsèques et de forme, ne pouvait s'étendre à des nullités radicales, absolues, pouvant, en thèse ordinaire, être invoquée par tous et contre tous.

Ensuite parce que, dans les conditions exigées, il en est quelques-unes qui pouvaient créer un doute plus ou moins sérieux. Leur violation pouvant être ou étant connue des tiers, on aurait soutenu que ceux qui, malgré cette connaissance, ou sans se mettre en mesure de l'obtenir, avaient traité avec le gérant, s'en étaient rendus en quelque sorte complices; qu'on devait donc

les déclarer sans action contre les intéressés victimes d'une fraude à la consommation de laquelle ils s'étaient prêtés.

En fait et en droit, ce système pouvait invoquer des raisons au moins plausibles. D'abord il est certain que celui qui s'associe à une fraude ne saurait acquérir aucun droit contre ceux auxquels cette fraude doit nuire; et en cette matière, la simple connaissance équivaut à la complicité, si on a osé passer outre.

Cette connaissance est présumée lorsque la moindre recherche devait la procurer. Celui qui omet cette recherche manque à tous ses devoirs, surtout lorsqu'il s'agit de la personnalité de celui qui lui propose de traiter. *Nemo debet ignorare conditionem ejus, cum quo contrahit.*

On aurait donc dit au tiers : Vous deviez vous assurer, avant de traiter avec le gérant d'une société, de l'existence légale et régulière de celle-ci; exiger, tout au moins par la représentation de la déclaration notariée, la preuve de la constatation de la souscription entière du capital et le versement du quart. Vous ne deviez accepter des actions de moins de 100 ou de 500 francs sans vous être enquis d'abord du chiffre du capital, ensuite si elles étaient ou non négociables. Vous deviez surtout repousser celles au porteur, si on ne vous produisait la preuve de leur entière libération. Enfin vous deviez demander la justification de l'institution régulière d'un conseil de surveillance.

Fondées ou non, ces prétentions devenaient la matière de nombreuses et graves difficultés. On ne peut

donc qu'applaudir à la consécration formelle d'un principe tendant à les prévenir; ce principe d'ailleurs se justifie parfaitement au point de vue juridique. Sans doute chacun doit s'assurer de la condition de celui avec qui il traite; mais ne pas restreindre cette règle dans de certaines limites, ce serait vouloir la pousser jusqu'à l'absurde.

L'existence d'une société se manifeste suffisamment au public par la publicité légale qu'elle reçoit et qui devient pour elle un véritable acte de naissance. Pourquoi les tiers suspecteraient-ils sa régularité si, dûment mis en demeure par cette publicité elle-même, les intéressés n'élèvent aucune plainte, aucune réclamation?

Le silence est ici d'autant plus significatif que, depuis la loi nouvelle, cette publicité ne peut être valablement donnée qu'après l'accomplissement des formalités. Celle que la société aurait reçue avant ne serait pas un obstacle à la nullité édictée par l'article 42 du Code de commerce. Jusque-là, en effet, la société n'est que conditionnelle, et nous avons vu la Cour de cassation proclamer énergiquement l'inefficacité de la publicité réalisée avant l'accomplissement de la condition [1].

La publication que le gérant ferait de la société ferait donc présumer que toutes les prescriptions de la loi ont été satisfaites; elle mettrait dès lors les intéressés à même et par conséquent en demeure de s'en assu-

[1] Notre *Commentaire de l'art.* 42, n. 359.

rer. Si, manquant à ce devoir, ils ne font entendre ni plainte ni réclamation, ils laissent s'accréditer une fausse opinion et contribuent avec le gérant et autant que lui à tromper le public.

Il n'y avait donc pas à hésiter entre les tiers, auxquels on ne peut reprocher qu'une confiance que les exigences du commerce expliquent, et les coassociés coupables d'un acte pouvant cacher une odieuse spéculation. Si on les avait affranchis de l'action, ils seraient restés dans l'inaction tant qu'ils auraient pu espérer une issue avantageuse; puis le désastre arrivant, ils n'auraient pas manqué de faire prononcer une nullité devant leur rendre toute perte étrangère.

94. Le principe consacré par la loi est donc rationnel, équitable et juste. Dans aucun cas les intéressés ne pourront se prévaloir contre les tiers de la nullité de la société. Ces derniers peuvent donc leur demander directement ce qui leur est dû, sans qu'on puisse leur opposer cette exception.

A cet égard pourtant il y a une distinction à faire. Nous avons déjà dit que tant que la société est *in bonis*, les créanciers sociaux n'ont que l'action oblique; qu'ils ne pourraient agir contre les commanditaires que comme ayants cause et exerçant les droits du gérant. On pourrait donc invoquer contre eux toutes les exceptions qui repousseraient ce gérant lui-même, notamment la nullité de la société par application de l'article 6.

La faillite, constatant l'état de perte, ouvre aux créanciers l'exercice de l'action directe. Ceux donc

d'entre eux qui voudraient y recourir doivent, puisqu'à leur endroit la société existe légalement, la faire déclarer en état de faillite; ce préalable rempli, l'action pour contraindre les commanditaires, chacun jusqu'à concurrence de ses actions, ne subirait aucun obstacle au point de vue de cet article 6.

95. Les tiers auxquels la nullité de la société ne peut être opposée pourront-ils eux-mêmes s'en prévaloir contre les intéressés?

Les tiers qui pourront émettre cette prétention seront ou des créanciers personnels des intéressés ou des débiteurs de la société prétendue. Pour les premiers, l'affirmative ne pourrait rencontrer ni dénégation ni doute. Nous venons de voir l'intérêt qu'ils ont à l'annulation dans la poursuite de laquelle ils agiraient comme les ayants cause de l'associé, c'est-à-dire comme en exerçant les droits; on ne pourrait donc pas plus leur contester le droit de se prévaloir de la nullité, de l'opposer aux intéressés, qu'on ne le pourrait pour l'associé lui-même.

Les créanciers personnels seraient même recevables à opposer la nullité, alors même que leur débiteur ne pourrait le faire; comme s'ils soutenaient que cette société a été consentie et concertée uniquement en fraude de leurs droits.

96. Si le tiers excipant de la nullité de l'article 6 était un débiteur de la société, nous lui refuserions le droit de le faire. Pourrait-il en effet contester au gérant la faculté de le contraindre à remplir ses engagements? Non, évidemment, puisqu'il n'a traité qu'avec

lui. Que peut-il d'ailleurs raisonnablement exiger? de se libérer valablement; or, ce résultat lui serait assuré sous un double rapport. La qualité du gérant, tant que la société n'est pas annulée, ne saurait être contestée; la quittance par lui consentie produirait incontestablement tous ses effets. Ensuite en admettant la nullité, les associés n'ont jamais eu cette qualité et demeurent étrangers à tout ce qui a été fait. Les créances restent donc personnelles au gérant. Le débiteur ne pourrait être recherché par les premiers que s'il avait payé au mépris d'une saisie-arrêt pratiquée en ses mains. Or, si cette saisie existe, le refus de payement est légitime et n'a nul besoin de s'étayer de la nullité de la société.

On ne saurait donc reconnaître au débiteur le droit d'en exciper, parce qu'elle lui est absolument étrangère, et qu'il ne saurait dans aucun cas en éprouver aucun dommage, aucun préjudice.

Conférer ce droit, ce serait d'ailleurs forcer les intéressés à agir, car la question ainsi soulevée par le débiteur devrait être tranchée. Or, quelque absolue, quelque radicale que soit la nullité, elle n'en est pas moins dans sa poursuite facultative pour ceux qui sont appelés à en profiter; rien ne les contraint à la faire prononcer malgré eux, contre leur intérêt. C'est pourtant ce qui pourrait résulter de l'initiative qu'on laisserait aux débiteurs.

97. L'article 7, en rendant les membres du conseil sujets à la responsabilité dans le cas de nullité prévu par l'article 4 pour toutes les opérations postérieures à leur nomination, indique la première obligation nais-

sant pour eux de leur institution. Avant d'être appelés à remplir la mission que va leur déférer l'article 8, ils doivent s'assurer si la société existe régulièrement, et dès lors si les prescriptions de la loi ont été exécutées.

Ajouter une foi aveugle aux assurances du gérant à cet égard, ce serait assez mal débuter dans la mission de surveillance qu'on a acceptée, tromper la confiance des actionnaires et les exposer à un préjudice notable. Ce n'est pas tout, en effet, de pouvoir rentrer dans ses fonds au moyen de la nullité, il faut encore que le remboursement en soit réellement effectué, ce que l'insolvabilité du gérant peut rendre impossible.

Ce cas se réalisant, le préjudice aurait sa cause principale dans la légèreté, dans la négligence des membres du conseil. On pouvait donc, sans injustice, permettre de les rendre passibles des conséquences de l'une ou de l'autre.

Le conseil de surveillance doit donc, avant tout, exiger du gérant la justification qu'il s'est exactement conformé à la loi. Si cette justification n'est pas fournie, si elle est incomplète, si une seule formalité a été omise, il doit s'opposer au commencement des opérations, donner à son opposition toute la publicité que son efficacité peut rendre nécessaire, user enfin de la faculté que lui confère l'article 9, convoquer l'assemblée générale et la faire délibérer sur les mesures à prendre. A ces conditions, mais à ces conditions seulement, les membres du conseil seront absolument à l'abri de toute recherche de la part des actionnaires. A

défaut, ils pourront non-seulement être poursuivis, mais encore déclarés solidairement et par corps responsables de toutes les opérations faites depuis et après leur nomination.

98. Quelle est la portée de ces termes *pourront être...* employés par l'art. 7? M. Romiguières enseigne que la simple faculté qu'ils impliquent ne doit s'entendre que relativement à la poursuite et au droit que les actionnaires ont de l'intenter; que ce droit se réalisant, les tribunaux doivent forcément l'accueillir et condamner les membres du conseil[1].

Nous ne saurions partager cet avis, qui nous paraît repoussé par le texte de la loi autant que par son esprit. Il est certain que si cette condamnation inévitable avait été dans la pensée du législateur, il n'eût pas manqué de l'exprimer par la locution dont il se sert dans plusieurs hypothèses de ce genre : *seront condamnés*. L'absence de ces dernières expressions est donc exclusive de l'interprétation adoptée par M. Romiguières.

D'ailleurs, une condamnation n'est possible parce qu'elle n'est équitable que lorsqu'elle est méritée. Or, dans maintes circonstances, la matérialité du fait pouvant en devenir le fondement n'en établit pas l'imputabilité. Dans notre hypothèse, les membres du conseil peuvent avoir agi avec la plus entière bonne foi; ils peuvent s'être trompés ou l'avoir été par les ruses employées par le gérant. Ne fallait-il pas avoir égard à

[1] *Vide infrà* notre *Commentaire de l'art.* 8.

ces hypothèses et en tenir compte? Il est naturel que le législateur l'ait ainsi pensé.

Comment d'ailleurs équivoquer sur la portée des termes en présence du dernier paragraphe de l'article? Là aussi on déclare que les fondateurs ou ceux qui ont fait un apport en nature ou stipulé des avantages particuliers *pourront* être passibles de la même responsabilité. Est-ce qu'on oserait soutenir que la nullité de la société, sans qu'on ait à leur faire aucun reproche d'avoir participé aux actes du gérant, ou de les avoir provoqués, leur ferait inévitablement encourir cette responsabilité?

Or, ce qui serait injuste dans ce cas peut ne l'être pas moins dans le premier. On doit décider que, pour celui-ci comme pour celui-là, la faculté exprimée par la loi est surtout laissée aux tribunaux, qui ne peuvent être contraints à agir contrairement aux inspirations de leur conscience.

99. Ce qu'on doit espérer et exiger d'eux, c'est de s'abstenir d'un excès d'indulgence qui aurait pour résultat la mise hors d'instance des membres du conseil de surveillance. Dans le plus grand nombre des cas, ils doivent se montrer plutôt sévères dans leur appréciation. Une erreur spontanée ou suggérée est difficile à admettre lorsqu'il s'agit de la constatation d'un fait matériel devant résulter de documents précis et certains. L'ignorance dans laquelle ces membres auraient été à cet égard ferait présumer une négligence et le défaut d'exigence de la production de ces documents, c'est-à-dire la violation d'un devoir, et cette présomption

ne devrait céder que devant la certitude de manœuvres qui devaient faire considérer cette production comme inutile.

L'avenir de la loi tient à la rigueur qu'on mettra à en prescrire l'exécution franche et entière, surtout en ce qui concerne les conseils de surveillance. Leur mission ne peut être maintenue dans la voie que le législateur lui a tracée que par une répression sévère de toute omission ou de tous écarts.

100. La responsabilité que l'article 7 permet de faire peser sur les membres du conseil de surveillance rencontra une assez vive opposition dans le sein du Corps législatif. L'honorable M. Gouin, entre autres, trouvait que cette disposition allait trop loin. Elle n'est pas indispensable, disait-il, et elle sera d'une application fort difficile. Il est vrai qu'en l'état présent des choses, le conseil de surveillance a peu d'efficacité; mais la sévérité de l'article 7 rendra fort difficile et même presque impossible la formation de ce conseil. Même pour des hommes sérieux et habiles, la surveillance n'est pas chose aussi facile qu'on le suppose; car, quelle que soit leur aptitude, ce n'est pas par une vérification mensuelle qu'ils peuvent s'assurer qu'il ne s'est glissé dans les écritures ni erreur, ni fraude. Ils peuvent être trompés ou commettre une erreur; faut-il pour cela qu'ils subissent la responsabilité de l'article 7? Des hommes honorables, dont l'intervention aurait été très-utile, la refuseront lorsqu'elle pourra entraîner de telles conséquences.

101. On répondait avec juste raison que ces repro-

ches pouvaient, jusqu'à un certain point, être adressés à l'article 10, mais qu'ils étaient évidemment sans portée à l'endroit de l'article 7. Celui-ci, en effet, n'édicte la responsabilité du conseil de surveillance qu'à raison de formalités matérielles, simples, aisément saisissables, sur lesquelles on ne peut pas se méprendre, et qui apparaissent à tout membre du conseil, pour peu qu'il ait siégé une seule fois dans ce conseil.

Les dispositions de cet article, ajoutait M. Duvergier, commissaire du gouvernement, sont tellement claires, qu'aucun membre du conseil de surveillance, pour peu qu'il veuille être attentif, ne peut se faire illusion. Il y aura d'ailleurs, pour ces membres, un moyen facile d'échapper à cette responsabilité, il suffira qu'ils lisent les statuts de la société et les six premiers articles de la loi où sont indiquées les conditions qu'elle exige pour la formation des sociétés en commandite.

Ces raisons, d'une justesse incontestable, prévalurent, et l'article 7 sortit de la discussion tel qu'il se trouve inscrit dans la loi.

102. Le conseil de surveillance est donc chargé de veiller à la constitution régulière de la société, et pour cela, de s'assurer de l'entière et loyale exécution des conditions exigées pour cette constitution. Nous avons déjà indiqué la conduite qu'il doit tenir en cas d'omission d'une ou de plusieurs de ces conditions, si ses membres veulent échapper à la responsabilité dont les frappe le législateur.

Cette responsabilité, dans tous les cas, ne s'applique qu'aux opérations faites depuis la nomination du con-

seil. La loi dit nomination et non l'entrée en exercice, parce que celle-ci doit suivre immédiatement la première, et qu'il fallait éviter que, par un retard calculé ou même consenti, on échappât aux conséquences de l'abus qu'on aurait laissé se continuer pendant plus ou moins longtemps.

La restriction de la responsabilité aux opérations postérieures à la nomination était forcée. Comment, en effet, rendre les membres du conseil tenus d'un acte qu'ils n'avaient ni qualité, ni droit, ni moyens d'empêcher ?

Aucun doute ne saurait donc s'offrir sur l'application de l'art. 7. La date des opérations et celle de la nomination détermineront, par leur rapprochement, si la responsabilité est ou non encourue.

103. *Quid* si la société est annulée parce que, contrairement à l'art. 5, le gérant aurait commencé les opérations avant l'élection du conseil de surveillance ?

Dans ce cas, le conseil n'a pu réellement empêcher l'acte du gérant, mais il doit le dénoncer aux intéressés pour les mettre à même de faire valoir leur droit. S'il n'a pas fait cette dénonciation, et que plus tard la nullité de la société soit poursuivie et prononcée, le conseil répondra-t-il, non-seulement des opérations qui ont suivi sa nomination, mais encore de celles qui l'avaient précédée ?

On pourrait, pour l'affirmative, prétendre que le préjudice que ces dernières ont occasionné n'a été consommé que postérieurement à la nomination du conseil et par sa négligence. Mais cette prétention ne serait

ni juste, ni juridique. En effet, puisque la nullité ne peut être opposée aux tiers par les intéressés, il est évident que les droits des uns contre tous les autres sont acquis au moment même du contrat ; que dès lors le préjudice qui peut résulter de celui-ci est consommé ; et que si, en réalité, le contrat a eu lieu avant la nomination du conseil, celui-ci, quelle qu'ait été sa conduite, n'en a été ni la cause ni l'occasion ; on ne saurait dès lors le rechercher à raison de ce préjudice.

104. L'hypothèse que nous examinons signale une exception possible au principe que la nullité radicale, légale et absolue, ne peut être ni expressément ni tacitement ratifiée.

Supposez, en effet, qu'obéissant à son devoir, le conseil de surveillance, découvrant que les opérations ont précédé sa nomination, réunisse les actionnaires et leur communique cette découverte; l'assemblée générale devra-t-elle inévitablement faire prononcer la nullité de l'article 6 ? pourra-t-elle, au contraire, se prononcer pour la continuation?

A notre avis, on doit admettre cette faculté. Ce que nous verrions dans la délibération qui la consacrerait serait un véritable traité entre le gérant et les actionnaires, par lequel ces derniers prendraient à leurs risques et périls des opérations, soit déjà liquidées, soit en cours d'exécution. Or, un traité de ce genre n'a rien d'illicite ou d'immoral. On le validerait en toute autre circonstance et pour des opérations étrangères jusque-là à la société. Pourquoi le prohiberait-on pour celles qu'on pouvait laisser au compte personnel du

gérant? Celles-ci comme celles-là ne sont-elles pas susceptibles de se solder avantageusement et de produire un bénéfice?

Il y a donc dans la détermination des actionnaires moins une transaction sur la nullité qu'un contrat aléatoire, dont on dût leur prohiber de courir les chances.

105. Mais de là cette conséquence que ce contrat ne serait obligatoire que pour ceux qui l'auraient expressément et volontairement accepté et consenti, ce que nul ne saurait être contraint de faire. La délibération, si elle n'avait été prise qu'à la majorité, ne lierait qu'elle. La minorité, se réduisît-elle à un seul, ne pourrait ni être contrainte à l'exécuter, ni privée du droit de poursuivre la nullité et de la faire prononcer pour ce qui la concerne.

Nous employons à dessein ces derniers mots, car, à notre avis, l'approbation de la majorité serait et devrait être un obstacle à une nullité à laquelle le ou les dissidents n'auraient d'ailleurs aucun intérêt réel. Ce qui leur importe, c'est d'obtenir le remboursement de ce qu'ils ont versé, ce que l'accueil de leur demande leur concéderait; c'est d'être libéré dans l'avenir, ce qui résulterait de la publicité du jugement qui constaterait à l'égard des tiers, et leur retraite, et la diminution qu'elle ferait subir au capital primitif.

106. La responsabilité du conseil de surveillance n'existe qu'en faveur des intéressés simples actionnaires, elle ne saurait être invoquée par le gérant. Il serait en effet singulier que l'auteur principal du fait

qui la crée dût en être indemnisé, et pût réclamer cette indemnité de ceux qui n'ont pas d'autre tort que celui d'avoir toléré sa conduite et passé l'éponge sur sa faute.

Il n'y a donc que les associés non gérants qui soient recevables et fondés à recourir contre le conseil de surveillance; eux seuls, en effet, sont exempts de tout reproche. Ils n'ont commis ni faute ni négligence. La faculté de se faire indemniser du préjudice qu'ils ont éprouvé est donc rationnelle et juste.

107. L'effet de la responsabilité est de rendre, dans la limite de l'art. 7, les membres du conseil de surveillance obligés au même titre que le gérant lui-même. C'est ce qu'exprime la solidarité proclamée par la loi; mais cette solidarité ne peut produire ses effets qu'en faveur des intéressés; du gérant aux membres du conseil, elle n'en crée aucun. Ainsi, non-seulement le gérant qui aurait intégralement payé le montant des condamnations ne pourrait rien répéter contre les membres du conseil de surveillance, mais encore il ne pourrait se soustraire à l'action en recours que ceux-ci exerceraient contre lui pour l'obliger à les relever et garantir des effets des condamnations prononcées contre eux. A son endroit, l'obligation des surveillants n'est en réalité qu'un cautionnement. Il y a donc lieu de les régir par le principe de l'art. 1216 du Code Napoléon.

108. La responsabilité prononcée par l'art. 7 contre les membres du conseil de surveillance peut également atteindre le fondateur de la société ou celui au profit duquel ont été stipulés des avantages particuliers. L'intérêt que l'un et l'autre ont à ce que la

société sortît à effet, les rendait justement suspects et commandait de se précautionner contre leurs faits, qu'ils auraient pu dissimuler sous des apparences mensongères.

Choisi par eux, le gérant osera-t-il se refuser à leurs suggestions, à leurs prières, à leurs menaces? Si, cédant aux unes ou aux autres, il consent à violer la loi, n'est-il pas juste que ceux qui ont encouragé ou déterminé ses actes partagent la peine qu'il a encourue?

En principe donc la disposition de l'art. 7, en ce qui concerne le fondateur ou celui qui a stipulé des avantages particuliers, est équitable. Elle est utile, car son application peut les retenir dans la voie légale dont il ne pouvait leur être permis de s'écarter.

Mais cette application est subordonnée à la preuve qu'ils ont pris une part plus ou moins active à la conduite du gérant. S'ils ne l'ont ni connue, ni sollicitée, ni encouragée, en un mot, s'ils y sont demeurés absolument étrangers, leur responsabilité ne serait plus qu'un effet sans cause qu'il ne pouvait être dans la pensée de la loi d'autoriser et de consacrer. C'est ce que démontrent les expressions mêmes de notre article.

ARTICLE 8.

Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société.

Ils font, chaque année, un rapport à l'assemblée gé-

nérale sur les inventaires et sur les propositions de distribution de dividendes faites par le gérant.

ARTICLE 9.

Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale. Il peut aussi provoquer la dissolution de la société.

ARTICLE 10.

Tout membre d'un conseil de surveillance est responsable, avec les gérants, solidairement et par corps :

1° Lorsque, sciemment, il a laissé commettre dans les inventaires des inexactitudes graves, préjudiciables à la société ou aux tiers;

2° Lorsqu'il a, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers.

SOMMAIRE.

109. Nature de l'article 8. Son objet.
110. Nécessité de déterminer d'une manière précise la mission du conseil de surveillance.
111. Péril qu'offrait cette détermination.
112. Caractère qu'il convenait de donner à la mission du conseil.
113. Etendue de la faculté de vérifier les livres.
114. Caractère de celle de vérifier la caisse et les valeurs de la société. Ce que comprennent celles-ci.
115. Conséquences de la violation de l'article 8.
116. Devoirs du conseil en cas d'abus de la part du gérant.
117. La délibération de la majorité repoussant le remplacement du gérant ou la dissolution de la société ne lierait pas la minorité. Conséquences.
118. But et objet de la réunion annuelle que la loi exige.
119. Fraude à laquelle donnait lieu la distribution des dividendes.

109. La disposition de l'article 8 est une des précautions les mieux entendues que le législateur pût consacrer. Nous l'avons déjà dit, une des principales causes de l'inefficacité des conseils de surveillance était le vague dans lequel était laissée la mission qui leur était confiée. L'ignorance de ce qui était permis amenait à ne rien faire pour éviter le reproche d'avoir fait trop et ses conséquences, et écarter toute crainte relativement à la peine édictée par l'article 28 du Code de commerce, que les plus loyales intentions n'auraient pu empêcher d'appliquer. Où commençait l'immixtion? où était le droit? à quel point s'arrêtait-il pour devenir l'abus? Questions graves dont on ne consentait pas

à courir la chance; car leur solution pouvait entraîner la ruine, le déshonneur, la perte de la liberté.

On ne faisait donc rien de peur de mal faire. De très-bonne foi on pouvait d'autant plus agir ainsi qu'on paraissait n'obéir qu'aux conseils de la prudence.

110. Il convenait donc, pour appeler les conseils de surveillance à une coopération active, de dissiper toute crainte à l'endroit de l'article 28 du Code de commerce. C'est ce que le législateur nouveau a compris et exécuté, en déterminant d'une manière nette et précise le caractère et l'étendue de la mission qui leur est confiée. Tant qu'ils ne seront pas sortis du cercle dans lequel cette mission est circonscrite, ils ne seront exposés à aucune recherche à l'endroit de l'immixtion. L'omission des mesures qui leur sont confiées, leur inaction en présence des devoirs qui leur sont imposés seraient donc aujourd'hui sans excuse.

Nous venons de voir l'article 7 énoncer les obligations du conseil, dès sa nomination et avant le commencement des opérations. La société régulièrement commencée et ces opérations ouvertes, les articles 8 et 9 déterminent ses devoirs et ses droits.

111. Cette détermination offrait un péril. Le désir de protéger les actionnaires ne pouvait aller jusqu'à leur sacrifier l'intérêt des tiers. C'est ce qu'on aurait fait cependant si la mission d'un conseil avait offert un caractère tel, que le public pût croire un instant avoir affaire avec des associés solidaires et responsables, et baser sa confiance sur cette opinion.

Comment éviter cette confusion, si le conseil de surveillance pouvait administrer concurremment avec le gérant, si seulement on permettait à ses actes de se produire en dehors de l'administration intérieure et de frapper l'attention des tiers? Une mission de ce genre aurait d'ailleurs excédé les besoins que l'institution avait pour but de satisfaire. Le conseil de surveillance, observait avec raison l'honorable M. Langlois, a le contrôle, le conseil; il n'a pas la conduite.

112. Or, ce contrôle, l'honorable rapporteur venait de le préciser dans sa nature et son caractère. La loi n'admet pas, nous disait-il, que le conseil de surveillance puisse participer aux actes de gestion extérieure et patente; elle n'admet pas même une intervention pour ainsi dire domestique dans la direction pratique et journalière des affaires. Un gérant n'est pas libre quand un conseil d'intéressés lui trace la marche à suivre, prend part à chaque instant à ses opérations, indique celles qui sont à faire, lui demande compte de ses projets, de ses relations, de ses secrets de fabrication.

Voilà l'esprit de la loi; voilà ce qu'elle s'est proposé et ce qu'elle devait en effet se proposer. Ce sera donc l'appliquer avec exactitude que de renfermer dans ces limites les pouvoirs conférés au conseil.

113. Ces pouvoirs sont énumérés dans l'article 8. Les membres du conseil vérifient les livres : inutile d'observer que cette mission s'applique tant aux livres obligatoires qu'aux livres facultatifs. Ces derniers n'ont qu'une destination, à savoir, celle de rendre les re-

cherches plus faciles et plus sûres en contrôlant les indications plus ou moins explicites du journal.

Comment d'ailleurs constater si les produits que ces indications établissent n'ont pas été omis, négligés et modifiés autrement que par le livre de caisse, par exemple. Sans doute, si ce dernier accusait un chiffre là où le journal en porterait un supérieur, c'est de ce dernier que le gérant serait tenu. Mais des faits de cette nature, abstraction faite d'une erreur qui peut échapper au plus habile, constitueraient une malversation sur laquelle les actionnaires ont intérêt d'être édifiés, et qu'il est dès lors du devoir du conseil de surveillance de rechercher et de constater.

On ne saurait donc lui contester le droit de vérifier toutes les écritures, et réduire cet examen aux seuls livres obligatoires.

114. L'actif constaté par les livres doit se retrouver soit dans la caisse, soit dans le portefeuille. Il était dès lors naturel d'appeler l'attention du conseil de surveillance sur l'une et sur l'autre et de lui en prescrire la vérification. L'utilité de celle-ci ne saurait être méconnue; elle est de nature à empêcher le gérant de divertir les fonds sociaux, ou de les appliquer à ses affaires personnelles; tout au moins à découvrir l'abus et à en rendre, par sa constatation, la répression inévitable.

La loi fait plus encore. La partie de l'actif en portefeuille peut n'être qu'apparente. Un gérant coupable de malversation et d'abus a le plus grand intérêt à en prévenir la découverte, soit pour se soustraire à leurs

conséquences, soit pour se ménager les moyens d'en commettre d'autres. Il pourrait donc, obéissant à cet intérêt, remplir le portefeuille de valeurs qu'il aurait fait souscrire au premier venu, et quelquefois moyennant une modique somme.

L'expérience ne permettait malheureusement pas de trop compter sur la délicatesse de certains gérants. Cependant il fallait les atteindre. C'est pour y parvenir que la loi a imposé au conseil de surveillance le soin spécial de vérifier les valeurs de la société.

L'article 8 comprend dans le mot valeurs, non-seulement les effets commerciaux, mais encore les marchandises, le matériel; en un mot, tout ce qui constitue l'actif social. Ici également, et pour les marchandises surtout, les apparences peuvent être trompeuses. Que d'exemples d'illusions longtemps entretenues à l'aide de coupons ou de cartons vides! Un conseil de surveillance qui, dupe d'une pareille manœuvre, ne l'aurait ni découverte, ni dénoncée, aurait évidemment manqué à l'un de ses premiers devoirs.

115. Aucune sanction pénale n'est essentiellement édictée par l'article 8. Mais il en existe une évidemment. La loi ne pouvait pas créer un devoir pour en rendre la violation facultative et la laisser impunie. Il est donc certain que les membres du conseil de surveillance qui auraient omis de se conformer exactement aux désirs de l'article 8 pourraient et devraient être tenus à la réparation du préjudice qui en serait résulté pour les actionnaires. Une négligence pareille acquerrait d'ailleurs les proportions du dol, et placerait ses auteurs

sous le coup de l'article 10. *Culpa lata, dolo æquiparatur.*

116. Le caractère des pouvoirs du conseil de surveillance ne permettait à ses membres aucune initiative à l'égard des mesures que la découverte des malversations et des abus du gérant, ou que l'état réel des affaires sociales exigerait. Ils n'ont en réalité que la faculté de proposition, soit du remplacement du gérant, soit de la dissolution de la société. L'exercice de cette faculté a dû leur faire attribuer le droit de convoquer l'assemblée générale.

117. Ici encore la résolution de la majorité ne lierait en aucune façon la minorité. Que la première oblige la seconde dans toutes les mesures de pure administration, c'est ce qui ne pourrait être contestable. Mais la révocation d'un gérant convaincu d'abus, mais la dissolution de la société sortent évidemment de cette catégorie.

Comment contraindre les uns à partager les espérances plus ou moins fondées des autres pour un avenir meilleur que le passé? Comment forcer l'actionnaire qui, effrayé d'une perte importante déjà subie, voudrait se soustraire à la chance de perdre le restant de sa mise, à subir cette chance, quelque intérêt d'ailleurs qu'il eût à ne pas s'y exposer.

Il en est donc de l'action en restitution et en remplacement du gérant, et de l'action en dissolution de la société, comme de celle de la nullité par l'application de l'article 6. Elle appartient à chaque associé en particulier. Celui-là donc, qui verrait sa prétention re-

poussée par la majorité, serait recevable et fondé à s'adresser à la justice, qui aurait à statuer sur le mérite et l'opportunité de sa demande, qui pourrait l'accueillir et y faire droit, nonobstant la délibération contraire de l'assemblée générale.

L'admettre autrement, ce serait permettre aux partisans quand même du gérant, et il y en aura dans toutes les sociétés, de dicter la loi suprême. On doit d'ailleurs tenir compte de la différence de position. La perte totale de l'action sera de nulle importance pour les uns, ruineuse pour les autres. Comment contraindre ceux-ci à en braver la chance avec l'indifférence que ceux-là ne manqueront pas de témoigner.

Sans doute, la délibération de l'assemblée ne sera pas inutile, ses motifs seront appréciés par la justice, dont l'intervention est la meilleure garantie contre toute demande n'ayant d'autre fondement qu'un entêtement irrationnel ou une rancune tracassière.

Ce qui est licite pour tous les associés ne saurait être prohibé aux membres du conseil de surveillance. Si, en leur qualité, ils n'ont reçu de la loi que le droit de provoquer la dissolution dans l'assemblée qu'ils auraient réunie, ils sont, comme actionnaires, recevables à poursuivre de leur chef cette dissolution par la voie judiciaire.

118. Indépendamment de la réunion extraordinaire que le conseil de surveillance peut proposer, il est dans les prévisions de la loi qu'une assemblée générale se réunisse toutes les années. Cette prévision repose sur l'expérience. Il n'est pas de statuts qui ne renferment

la clause d'une réunion générale annuelle, clause qu'on ne saurait omettre sans éloigner les souscripteurs, qui ne le deviennent en général qu'en vue du dividende qui, en fin d'année, doit leur faire toucher, soit l'intérêt de leur argent, s'il n'en a été stipulé aucun, soit la part des bénéfices en vue desquels ils ont adhéré à la société.

119. Ce dividende, c'est le gérant qui le proposera. C'était, avant la loi, un énergique moyen de faire des dupes et d'appeler des souscripteurs nouveaux pour placer la partie du capital restant à souscrire. Le moyen d'inspirer la confiance était, en effet, de faire croire à des bénéfices. On distribuait donc des dividendes importants, ordinairement pris sur le capital, les souscripteurs nouveaux devant combler le vide qui en résultait.

La loi de 1856, en exigeant la souscription préalable du capital entier, a rendu cette fraude sans intérêt réel à ce point de vue, mais elle n'a pas fait et ne pouvait pas faire disparaître les mille et un motifs que le gérant pouvait avoir à la distribution de dividendes fictifs, destinés surtout à entretenir les actionnaires dans l'illusion sur l'état des affaires sociales et à les empêcher ainsi de provoquer la dissolution de la société.

120. Il fallait donc se précautionner contre toute tentative de ce gérant. De là l'obligation imposée aux membres du conseil de surveillance de faire chaque année un rapport à l'assemblée générale sur les inventaires et sur les propositions du gérant à l'endroit des dividendes à distribuer.

L'examen sérieux et attentif des inventaires est d'une haute utilité. De leur sincérité, en effet, peut et doit résulter l'admission du dividende proposé. Destinés à constater l'état réel de la société, ils peuvent et doivent seuls établir les bénéfices prétendus et en autoriser la répartition; il était donc naturel d'appeler sur eux l'attention spéciale du conseil de surveillance.

121. Pour bien comprendre l'exacte portée de la mission du conseil de surveillance à l'endroit des inventaires, il importe de rappeler que le Conseil d'État avait proposé de déclarer que les membres du conseil de surveillance *surveillent* les inventaires et *s'opposent* à ce qu'il soit distribué des dividendes fictifs. On pouvait naturellement croire que pour donner une opinion exacte sur un inventaire, il fallait y avoir été en quelque sorte partie, et être ainsi édifié sur ses indications. Comment le conseil les vérifiera-t-il? Sera-t-il obligé, par exemple, de remesurer chaque pièce de toile, de dentelle, de drap, etc., pour s'assurer que chacune d'elles a bien le nombre de mètres indiqué? Devra-t-il faire procéder au pesage ou au mesurage de telles ou telles autres marchandises? Or, toutes ces difficultés disparaissent si on l'appelait à surveiller l'inventaire au moment de sa confection.

Mais cette surveillance le faisait activement intervenir aux opérations de l'inventaire, l'autorisait à prétendre à en modifier les éléments, à en changer les bases; en un mot, à en opérer le règlement. Tout cela, observait la Commission du Corps législatif, est inconciliable avec le caractère essentiellement passif que la loi a voulu im-

primer à la mission du conseil; et, sur cette observation, on substitua à la rédaction du projet celle qui forme le second paragraphe de l'article 8.

Le conseil de surveillance ne peut donc intervenir activement à l'inventaire, ni rien prescrire obligatoirement au gérant, celui-ci est libre de suivre exclusivement ses propres inspirations; mais ses membres peuvent et doivent en surveiller les opérations pour s'édifier sur leur sincérité, et être en mesure de faire utilement à l'assemblée générale le rapport qu'on exige d'eux. Ce rapport n'est et ne peut être que les observations que la conduite du gérant leur a inspirées et les objections dont elle était susceptible.

122. L'assemblée générale apprécie les unes et les autres, les admet ou les rejette, maintient en conséquence le dividende proposé, le modifie ou le repousse. On n'a pas à redouter fort ce dernier résultat. Il est au contraire à craindre que, se prononçant pour le parti qui favorise le mieux son intérêt, la majorité ne tienne aucun compte des avis du conseil et ne se range avec empressement à celui du gérant.

Mais quoi qu'il arrive, le rapport et les conclusions doivent être insérés dans le procès-verbal de la délibération, et leur certitude aura un double résultat:

1° Les membres du conseil s'étant conformés à la loi ne pourront, sous aucun prétexte, être recherchés par qui que ce soit;

2° Les actionnaires pourront être contraints de restituer le dividende reçu. Nous avons déjà dit que l'action des tiers en remboursement était recevable, à

moins que la certitude d'un bénéfice à l'époque de la distribution ne vînt constituer les actionnaires en état de bonne foi[1]. Or, pourraient-ils alléguer cette bonne foi si, méprisant les justes observations du conseil de surveillance, les actionnaires avaient écarté la vérité et consacré le mensonge ?

123. La responsabilité facultative, en cas de violation des prescriptions des art. 7, 8 et 9, est de plein droit encourue par les membres du conseil de surveillance, dans les hypothèses prévues par l'art. 10. On a reproché à cette disposition un excès de sévérité ; nous croyons, au contraire, qu'elle n'est que juste. En définitive, elle n'exige qu'une seule chose, à savoir que chacun remplisse le devoir qu'il s'est volontairement imposé.

Mais ce devoir, a-t-on dit qui osera l'assumer, alors surtout qu'il est essentiellement gratuit ? Aucun actionnaire n'acceptera de faire partie du conseil de surveillance, et l'on arrivera ainsi à en rendre la composition impossible ou à n'y introduire que des personnes sans solvabilité, pour lesquelles la responsabilité indéfinie n'aura réellement aucun danger.

124. Cette responsabilité, répondait l'honorable organe de la Commission du Corps législatif, doit déplaire aux surveillants de complaisance, à ces hommes que le gérant choisit pour ne rien voir et approuver tout. Plaise à Dieu que la loi éloigne ceux-là des conseils de surveillance ! Mais qu'elle puisse inquiéter,

[1] Notre *Commentaire des sociétés*, n. 226 et suiv.

décourager les hommes sérieux, qu'elle amène dans les commandites le règne des mercenaires, parce qu'il ne sera pas licite d'apposer sciemment son nom au bas d'un inventaire frauduleux, voilà ce que notre raison se refuse à comprendre. Laissez agir les intérêts lorsque seront en présence, non plus des actionnaires d'un jour que le gérant aura recrutés, mais des souscripteurs dont on saura les noms, qui auront déjà versé le quart de leurs souscriptions, qui seront responsables du solde, les intéressés trouveront bien entre eux cinq hommes honorables pour veiller à la conservation de la propriété commune. Ceux-là ne seront pas effrayés de ce que la loi punit les inventaires mensongers, car ils ne seront pas les créatures du gérant, et ce sera leur intérêt d'en obtenir de fidèles.

125. La Commission avait raison. Tout le monde convenait des effets déplorables de ces inventaires frauduleux à l'aide desquels on distribuait des dividendes qui, prélevés sur le capital lui-même, le faisaient successivement disparaître et conduisaient fatalement la société à la ruine et à la faillite. Tout le monde se réunissait donc à reconnaître la nécessité de mettre un terme à de pareils scandales.

Fallait-il s'en rapporter à ce sujet au gérant seul. L'expérience du passé parlait trop haut pour qu'on pût y songer. Il était donc naturel, puisqu'à côté de ce gérant on organisait un contrôle sérieux et réel, de confier à ceux qui en étaient chargés le soin d'empêcher que ces scandales se renouvelassent.

Pouvait-on dès lors faire pour le conseil de surveillance ce qu'on refusait de faire pour le gérant, s'en remettre à son libre arbitre sur l'exécution du mandat et s'exposer à se trouver désarmé en présence de l'inexécution la plus flagrante, la plus coupable, en présence même d'une complicité évidente dans l'acte du gérant? La réponse se fait d'elle-même. Il y avait donc une inconséquence manifeste de la part de ceux qui, appelant une répression énergique, repoussaient le seul moyen de nature à assurer cette répression.

126. Mais ce moyen, disait-on, pourra conduire à une injustice. Le conseil de surveillance devra-t-il répondre des simulations frauduleuses qui l'auront trompé lui-même? Pourrait-on sans injustice lui imputer l'erreur dans laquelle l'auraient jeté des subtilités dont il ne pouvait soupçonner l'existence?

Cette objection était inconcevable en présence du texte de la loi et supposait une intention que ce texte excluait expressément. Le législateur ne punit ni l'erreur inférée ni celle qui aurait existé de bonne foi. Pouvait-il mieux s'en expliquer qu'en se bornant à rendre responsables ceux qui ont laissé SCIEMMENT commettre dans les inventaires des inexactitudes graves et préjudiciables à la société ou aux tiers, ou consenti AVEC CONNAISSANCE DE CAUSE à la distribution de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers?

Il était donc impossible de reprocher à la loi de permettre d'atteindre dans aucun cas l'ignorance et l'erreur. Elle ne punit qu'un fait positif, constituant une complicité évidente dans la fraude du gérant.

Si son intention ne résultait pas invinciblement de son texte, elle surgirait de cette autre circonstance. Le Conseil d'Etat avait proposé de rédiger l'art. 10 en ces termes: *Les membres du conseil de surveillance sont responsables*, etc. Ces expressions faisaient craindre qu'on voulût y trouver une espèce de solidarité et faire rejaillir sur tous les conséquences de la faute d'un seul. Le Conseil d'Etat, qui n'avait d'ailleurs jamais eu cette pensée, consentit à substituer à sa rédaction celle qui figure dans l'art. 10 et qui prévient toute équivoque.

En réalité donc on ne permet d'atteindre qu'un fait réellement punissable, que l'auteur de ce fait. En quoi une pareille détermination soulèverait-elle une plainte fondée? Comment effrayerait-elle les actionnaires sérieux? Il y a un moyen héroïque de se soustraire à ses effets, à savoir : s'abstenir de violer ses devoirs, de témoigner une complaisance coupable. Qu'a donc de rigoureux pour un homme probe et loyal une condition de ce genre?

Nous avons donc raison de dire que le principe de l'art. 10 n'est que juste. Il ne retiendra que ceux qui reculeraient devant l'exact accomplissement du devoir, et nous nous écrions volontiers avec l'honorable M. Langlois: Plaise à Dieu qu'il en soit ainsi!

127. L'exécution de l'art. 10 peut offrir quelques difficultés : d'abord sur le caractère des actes, ensuite sur les faits constitutifs de la connaissance exigée pour encourir la responsabilité.

Sur le premier point, on doit considérer comme

préjudiciable à la société l'inexactitude ayant pour objet de dissimuler une partie du passif ou d'exagérer l'actif. L'un et l'autre de ces faits arrivent à cette conséquence d'induire les sociétaires en erreur, de leur cacher l'état réel des affaires, de leur taire l'importance de la perte, et de les engager à laisser se continuer une société que la connaissance de la vérité aurait fait dissoudre.

Le préjudice est ici cette continuation elle-même qui dévorera le solde du capital, et entraînera soit la perte totale, soit une perte plus forte que celle précédemment subie.

128. L'inventaire est une mesure d'intérieur qui n'est pas destinée à recevoir de la publicité; mais cette publicité on peut la lui donner, en ce sens qu'on peut la produire pour déterminer la confiance qu'on sollicite. A ce point l'inexactitude consistant dans la dissimulation du passif, ou dans l'exagération de l'actif, aurait été préjudiciable aux tiers dans le sens de l'article 10, car il aurait inféré une croyance trompeuse sans laquelle on n'aurait pas traité avec la société.

. Si l'inventaire inexact a été suivi de la distribution d'un dividende, et c'est surtout pour en arriver là qu'on commettra des inexactitudes, tout ce qui a été réparti à ce titre a été réellement prélevé sur le capital, et la possibilité d'un préjudice pour les tiers devient incontestable. Ceux qui avaient traité avant verront diminuer le gage de leur créance. Ceux qui n'ont traité que depuis et après auront été trompés, puisque le gage qu'on leur offrait et qu'on assurait exister n'existait

plus en effet, ou était déjà grevé peut-être au delà de sa valeur.

129. Or, il est difficile d'admettre que les inexactitudes dans un inventaire n'aient pas l'un des buts que nous venons d'indiquer. Dès lors, la matérialité de ces inexactitudes établit suffisamment la mauvaise foi du gérant.

Le membre du Conseil de surveillance qui appose sa signature au bas d'un pareil inventaire donne lieu par cela même au soupçon de s'être associé à la fraude du gérant. Pour lui cependant ce fait matériel de la signature n'établit qu'une présomption qu'il lui est facultatif de détruire. Si cette signature a été surprise par l'erreur ou obtenue par le dol, l'actionnaire n'a pas agi sciemment, et il n'encourt aucune responsabilité.

Mais l'allégation de l'erreur ou du dol devient l'exception de celui qui l'invoque pour s'affranchir de cette responsabilité. A lui donc la charge de la preuve de l'une ou de l'autre.

130. Pourrait-on déclarer avoir agi sciemment et avec connaissance de cause le membre du Conseil de surveillance qui, acceptant aveuglément les indications de l'inventaire, se serait abstenu de toute recherche, de toute investigation avant de le signer?

Nous venons de voir que pour les membres du Conseil, la fraude entraînant la responsabilité consiste plutôt *in committendo* que *in omittendo*. Cependant il faut faire la part de la règle que nous avons également rappelée, *culpa lata dolo æqui paratur*. Or, le membre d'un Conseil de surveillance pourrait-il commettre une

faute plus lourde que celle de s'abstenir de s'assurer de la sincérité des faits qu'il garantit par sa signature, ou dont il accepte passivement la vérité ?

On pourrait donc le déclarer responsable à ce point de vue. Cependant, nous croyons que pour entrer dans l'esprit de la loi, on doit distinguer.

131. Si la recherche dont le membre du Conseil s'est abstenu était facile et devait nécessairement aboutir à faire découvrir le mensonge, notre question doit être résolue affirmativement. Quelle excuse pourrait-on offrir si on avait laissé le gérant supposer des objets qui n'ont jamais été dans la possession de la société ou qui en étaient sortis à l'époque de l'inventaire ? Annoncer un actif de 100,000 fr. lorsqu'il ressort nettement des écritures que l'actif réel ne peut être que de 50 ou de 60,000 ? Porter un reliquat de caisse, lorsque cette caisse solde par appoint ? Porter comme bonnes des créances évidemment véreuses, ou comme rentrées d'autres qui existent encore en portefeuille et qui ne rentreront peut-être jamais ? Un simple coup d'œil sur les magasins sociaux ou sur les livres devait infailliblement amener la découverte de la fraude du gérant. Celui-là donc qui, en ayant reçu et accepté le devoir, s'est volontairement abstenu de cette simple vérification s'est sciemment associé à cette fraude et prêté à sa consommation. Il est donc juste qu'il en supporte les conséquences.

132. Mais si l'inexactitude ne consiste que dans une certaine exagération dans les quantités existant réellement. Si les indications de l'inventaire sont con-

formes aux livres, parce que ces livres dès longtemps préparés en vue d'un inventaire favorable auront été inexactement et frauduleusement tenus, le défaut de recherche de la part des membres du conseil de surveillance ne suffirait pas pour les faire déclarer responsables. Nulle part, en effet, la loi n'a exigé d'eux le pesage ou mesurage de chaque objet indiqué dans l'inventaire, et ce n'est cependant que par l'un ou par l'autre qu'ils auraient pu être édifiés sur leur quotité réelle. On ne saurait donc sérieusement leur reprocher de s'être abstenu de faire ce à quoi ils n'étaient pas tenus.

Dans cette même hypothèse, l'examen des livres ne pouvait avoir aucun résultat utile, puisque l'inventaire en reproduit fidèlement la substance. Les membres du Conseil devraient-ils répondre d'une fraude dont ils sont eux-mêmes victimes et qui, destinée à tromper leur vigilance, ne pouvait être soupçonnée par eux ?

En réalité donc, dans cette seconde hypothèse, la négligence du conseil n'a pas été la cause efficace et directe du préjudice. La preuve de cette négligence acquise ne suffirait pas pour faire appliquer l'article 10.

133. Au reste, cette application est laissée à la prudence des tribunaux, quant à la détermination de l'intention. La question de savoir si le membre poursuivi a agi sciemment et avec connaissance de cause ou non est nécessairement subordonnée aux faits et circonstances, et tranchée souverainement par les deux degrés de juridiction. Mais l'affirmative admise, la con-

damnation devient forcée, et ne saurait comporter aucune modification; ce qui est dû, c'est la réparation intégrale du préjudice par le membre du conseil, solidairement avec le gérant, sous peine d'y être contraint par corps.

134. Terminons en rappelant un incident qui se produisit dans la discussion de la loi au Corps législatif, et qui ne manque pas d'avoir une importance réelle dans l'exécution que doit recevoir la mission du conseil de surveillance. En principe, la faculté de faire par mandataire ce dont on est soi-même capable est de droit commun. Pourra-t-elle être exercée par les membres du conseil de surveillance, et celui d'entre eux qui serait empêché d'agir sera-t-il admis à se faire représenter par un mandataire ? Telle était la question que l'honorable colonel Du Marais posait expressément. A quoi le rapporteur répondit que cela était évidemment impossible.

M. le rapporteur avait incontestablement raison. On peut déléguer à un mandataire ses propres affaires, mais non celles dont on s'est chargé pour le compte d'autrui, à moins qu'on ait été formellement autorisé à le faire.

Or, la nomination à un conseil de surveillance, loin de renfermer le pouvoir de se substituer un tiers, l'exclut expressément. Ce qui a déterminé cette nomination, c'est la position personnelle de celui qui en a été l'objet, sa moralité, sa probité, toutes garanties qui pourraient ne pas se trouver à un même degré chez le mandataire.

La mission est donc exclusivement personnelle; le membre empêché ne pourrait être régulièrement remplacé que par les suppléants que l'assemblée générale aurait elle-même choisis, dans la prévision de cette éventualité; ce qu'il est de son intérêt de faire surtout lorsque le conseil n'est composé que du nombre rigoureusement exigé par la loi, c'est-à-dire de cinq membres.

Observons encore que la prohibition de choisir un mandataire ne s'applique qu'aux membres des conseils, et pour l'exercice des actes qui leur sont dévolus en cette qualité. Comme actionnaires et relativement aux droits ressortissant de cette qualité, on ne saurait leur refuser une faculté dont jouissent incontestablement tous ces actionnaires. Ils pourraient donc, comme ceux-ci, en confier l'exercice à un mandataire.

ARTICLE 11.

L'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux art. 1 et 2 de la présente loi est punie d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cinq mille francs à dix mille francs, ou de l'une de ces peines seulement.

Est puni des mêmes peines le gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance.

ARTICLE 12.

La négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux disposi-

tions des art. 1 et 2 de la présente loi, ou pour lesquels le versement des deux cinquièmes n'aurait pas été effectué conformément à l'art. 3, est punie d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs.

Sont punies de la même peine toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur de ces actions.

ARTICLE 13.

Sont punis des peines portées par l'art. 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les frais constitutifs du délit d'escroquerie :

1° *Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par la publication faite de mauvaise foi de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ;*

2° *Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ;*

3° *Les gérants qui, en l'absence d'inventaires, ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes non réellement acquis à la société.*

L'article 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par le présent article.

SOMMAIRE.

traîrement à la vérité, comme attachées à la société à un titre quelconque.

155. Intérêt du gérant à commettre cette fraude. Quel en serait l'objet depuis la loi nouvelle?

156. Dans quel cas doit-on admettre la mauvaise foi?

157. 3° Les gérants qui, en l'absence d'inventaires, ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes non acquis à la société.

158. Nature de la peine prononcée par l'article 13. Faculté d'appliquer l'article 463 C. pén.

159. Caractère de l'article 13. Conséquences.

135. L'art. 10, en déclarant les membres du conseil de surveillance solidaires des condamnations encourues par le gérant, établissait par cela même la responsabilité de celui-ci au point de vue de l'intérêt civil. Mais, nous l'avons déjà dit, cette responsabilité ne satisfaisait en rien à l'intérêt général que la loi a voulu également protéger. Pouvait-on, d'ailleurs, la considérer comme créant un lien assez puissant pour retenir le gérant dans la voie du devoir et de la loyauté. Son insolvabilité réelle ou frauduleusement préparée lui offrait le facile moyen d'en éluder les effets. Celui qui avait osé demander des ressources à la fraude ne devait certes pas reculer devant une fraude nouvelle ayant pour objet de lui assurer le bénéfice de la première.

Le législateur ne pouvait se promettre que la réprobation si explicite qu'il manifestait contre les abus et les scandales suffirait pour les faire disparaître. Il devait donc placer cette réprobation sous la sanction d'une répression énergique contre ses auteurs.

136. Or, ceux-ci sont, non-seulement le gérant qui

a méconnu la loi, mais encore tous ceux qui ont concouru à lui en assurer le bénéfice. Le mal réel consiste moins dans l'acte du gérant que dans les faits qui en déterminent la consommation au préjudice du public, c'est-à-dire l'émission des actions, leur négociation, la publication de leur valeur. Tout cela est bien imputable au gérant; mais ceux qui acceptent ces actions pour les répandre, ceux qui les négocient, ceux qui facilitent cette négociation en en publiant la valeur, s'associent évidemment à la violation de la loi. Ce qui était punissable chez le gérant pouvait d'autant moins rester impuni à leur endroit, qu'en réalité ils n'avaient été déterminés que pour se procurer personnellement un bénéfice.

L'honorable rapporteur du Corps législatif était donc dans le vrai lorsqu'il s'écriait : « Pour que le but poursuivi par les art. 1, 2, 3 et 4, fût sérieusement atteint, une sanction pénale efficace était indispensable. Il fallait infliger des peines sévères à tous ceux qui, dans une intention coupable, violeraient une prescription de la loi, notamment ceux qui émettent les actions d'un société dont les statuts seraient en opposition avec les art. 1 et 2; ceux qui négocieraient des actions dont la valeur ou la forme s'écarterait des règles prescrites par les mêmes articles, ou pour lesquelles le versement exigé par l'art. 3 n'aurait pas été effectué; ceux enfin qui publieraient la valeur de ces actions. Dans tous les cas, soit qu'on considère les intentions, soit qu'on s'attache aux conséquences des faits, soit qu'on apprécie l'intérêt qu'on peut avoir à commettre ces infrac-

tions, on reconnaît la nécessité d'une pénalité élevée. »

137. Cette nécessité ne pouvait être ni méconnue, ni contestée. Tout le monde désirait, en effet, ardemment mettre un terme à des scandales et à des fraudes, qui non-seulement s'écartaient de cette stricte probité qu'exige le commerce, mais qui, en insinuant la passion du jeu dans toutes les classes, corrompaient les mœurs et le caractère de la nation.

On consentit donc à considérer comme des délits l'émission, la négociation et la publication de la valeur des actions non conformes aux prescriptions de la loi; la mise en mouvement de la société avant l'entrée en fonction du conseil de surveillance. On ne pouvait, en effet, laisser impuni le gérant qui, au mépris de l'art. 4, commençait les opérations sociales avant d'avoir donné aux actionnaires la garantie d'un conseil de surveillance légalement constitué [1].

138. Tous les délits créés par la loi n'ont pas la même importance, ne présentent pas le même caractère. Les nuances qui les distinguent ont déterminé une différence dans la peine.

Ainsi l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux articles 1 et 2, l'ouverture des opérations avant l'entrée en fonction du conseil de surveillance, entraînent un emprisonnement de huit jours à six mois et une amende de cinq cents francs à dix mille francs, ce cumul des peines est la conséquence d'abord de la gravité des

[1] Exposé des motifs.

faits constituant la consommation de la violation de la loi, ensuite de ce que la peine n'atteindra et ne peut jamais atteindre que les fondateurs et le gérant, c'est-à-dire ceux qui ont un intérêt direct et majeur à cette violation, et dont par conséquent l'intention mauvaise ne saurait que difficilement être mise en doute.

139. Il est vrai que ce cumul n'est que facultatif pour les tribunaux. Cette concession prouve la retenue que s'est imposée le législateur. Quelque inexcusables que soient les faits, leur gravité pourrait dans des circonstances être attenuée par les faits eux-mêmes, et c'est cette atténuation dont le législateur a voulu permettre de tenir compte.

Mais qu'on ne s'y trompe pas, le cumul des peines est dans l'esprit de la loi, parce que celui que la crainte d'une amende quelconque ne retiendrait pas pourrait reculer devant un emprisonnement; parce que tel autre courrait les chances de cet emprisonnement qui n'exposerait pas volontiers la plus petite parcelle de sa fortune. Les tribunaux ne doivent donc user de la latitude que leur laisse la loi que dans des cas rares, que lorsqu'ils seront bien convaincus de la nécessité et de la justice de son exercice.

140. La négociation d'actions ou de coupons n'ayant ni la valeur ni la forme prescrite est un tort d'autant plus grave que portant avec elles-mêmes la preuve de leur irrégularité, ils la décèlent à tous les yeux. Ceux-là donc qui les acceptent pour les transmettre à d'autres, et qui en opèrent réellement le transfert, violent ouvertement la loi. S'abstenir de tout acte de cette na-

ture est un devoir rigoureux pour tous les citoyens. Dès lors, la peine qui en garantit l'observation ne saurait mériter aucun reproche fondé.

Celui-là donc à qui on offrira des actions dans une société quelconque devra les refuser si elles sont au porteur; si elles sont nominatives, s'assurer d'abord si leur valeur, relativement au capital social, est bien celle déterminée par la loi; ensuite, si elles ont été libérées des deux cinquièmes dont cette loi exige le versement. S'il les accepte sans ces précautions, il se rend complice de la fraude et en assume volontairement les conséquences.

141. A plus forte raison en serait-il ainsi si, après les avoir acceptées, il les négociait lui-même; mais ce transfert n'est pas nécessaire. La culpabilité existe par le seul fait de l'acceptation. C'est la négociation que la loi punit; or, cette négociation n'existe que lorsqu'il y a un cédant et un cessionnaire. Elle est donc le fait de l'un comme de l'autre, et on doit les punir tous les deux.

Cette solution est surtout évidente en présence du texte du dernier paragraphe de l'article 12. La peine est ici édictée contre toute participation à la négociation. Or, si le cessionnaire pouvait échapper à la loi en cette qualité, il en serait inévitablement atteint en celle de participant à la négociation.

142. L'article 12, dans ce dernier paragraphe, a voulu atteindre, non-seulement les parties elles-mêmes, mais encore les intermédiaires qui auraient facilité ou préparé la négociation; notamment les agents de change.

Préposés par la loi elle-même, ceux-ci doivent plus religieusement, plus scrupuleusement encore que tout autre s'abstenir de la méconnaître et de la violer.

143. Le projet de loi avait cru devoir les indiquer nommément. Mais il ne proposait de soumettre les agents de change qui auraient prêté leur ministère à l'émission ou à la négociation irrégulière qu'à la peine édictée par l'article 13 de la loi des 15-21 juin 1845, c'est-à-dire à une amende de cinq cents à trois mille francs.

Cet article fut retranché par le Conseil d'Etat, sur les observations du Corps législatif. Il devait l'être sous un double rapport. Il était inutile, car la généralité des termes de l'article ne permettait pas de douter qu'il comprît les agents de change comme tous autres intermédiaires ayant participé à la négociation.

Il est évident que leur concours est plus coupable encore que celui de tout simple citoyen; n'était-il pas dès lors au moins singulier qu'on descendît pour eux à trois mille le *maximum* de l'amende qu'on portait pour ces derniers à dix mille francs? On aurait compris la proposition contraire, tout au moins cette différence était-elle inacceptable.

En conséquence, les agents de change restent soumis à la loi commune. Leur participation à la négociation irrégulière sera punie d'une peine égale à celle infligée à tous autres intermédiaires. Seulement, ils seront de plus que ceux-ci soumis à une poursuite disciplinaire dont les effets, on le sait, peuvent aller jusqu'à la destitution.

144. Le désir d'assurer la prohibition de la négociation irrégulière a conduit le législateur à la poursuivre dans tous les moyens tendant à la faciliter. A ce titre se présentait principalement la publicité permettant à la société de se produire et la recommandant à la confiance publique. Élément actif de propagation, cette publicité n'était régulière et légitime qu'en tant qu'elle s'appliquait à des actions avouées par la loi. Il fallait donc réprimer celle qui provoquait au placement d'actions dont la valeur ou la forme n'avait rien de légal.

145. Le principe de la répression ne trouva aucun contradicteur. La seule difficulté qu'il souleva consistait dans la question de savoir si la peine n'était encourue que par celui qui avait rédigé l'annonce et ordonné la publication, ou s'il convenait de l'étendre au gérant du journal qui l'avait insérée.

L'honorable M. Dalloz demanda donc aux membres du Conseil d'État commissaires du gouvernement, si, en disant que toute publication de la valeur des actions pour lesquelles la loi n'aura pas été exécutée entraînerait une amende, on a entendu que cette amende sera appliquée au gérant du journal qui aura fait l'insertion, ou bien au gérant de la société en commandite qui l'aura fait faire.

La question ainsi posée, M. Dalloz la résolvait en faveur du journal. Il paraîtrait exagéré et peu pratique, observait-il, d'exiger que le gérant du journal vérifiât, pour toutes les annonces qui peuvent lui être apportées, si les gérants de la commandite se sont conformés aux dispositions de la loi ; il me paraît donc que la peine

doit être appliquée au gérant de la société qui a fait l'annonce et non au gérant du journal qui l'a insérée.

146. M. Duvergier répond que cette disposition de l'article 12 est empruntée à la loi du 15 juillet 1845, où le mot *publication* est employé dans le même sens. Ce mot, dans la loi nouvelle, aura la même signification que dans celle de 1845. Lors de la discussion de cette dernière, la même question fut adressée au gouvernement par M. d'Argout à la Chambre des pairs. Le ministre des travaux publics répondit que tout dépendrait des circonstances, et que l'intention de ceux qui auraient fait la publication serait appréciée par les tribunaux. Le gouvernement fait aujourd'hui la même réponse.

147. Cette réponse implique le rejet de l'opinion de M. Dalloz. Sans doute, elle ne dit pas que l'application de l'article 12 doit être faite au gérant du journal; mais elle est loin de l'exclure, ce qui ne pouvait d'ailleurs être dans l'esprit de la loi.

L'annonce, en effet, ne devient dangereuse que par la publicité qu'elle reçoit, et cette publicité, le journal seul la donne. Comme en agissant ainsi le journal se crée un bénéfice, on pouvait être certain que l'absence absolue de toute responsabilité aurait enlevé toute garantie et compromis ainsi le résultat que la prohibition de la loi s'est proposée.

148. A ce point de vue l'opinion de M. Dalloz était dangereuse; sous un autre rapport elle pouvait constituer une injustice. Quelle excuse, en effet, pouvait

invoquer le gérant qui aurait inséré l'annonce d'actions au porteur ou d'une valeur inférieure à cent francs. La loi qui prohibe l'un et l'autre est connue, et on peut, sans grands efforts, comprendre qu'une pareille publication en est la violation la plus formelle. Celui-là donc qui, pour ne pas perdre le bénéfice de cette annonce, l'a accueillie et lui a donné la publicité de l'insertion, mérite d'être puni, et doit être atteint par la disposition de l'article 12.

Dans la double hypothèse que nous supposons, le gérant du journal n'a aucune recherche à opérer pour apprécier l'illégalité de l'annonce. Quel est son devoir si on lui présente une insertion à faire pour des actions nominatives d'une valeur de plus de cent francs, mais inférieure à cinq cents? Uniquement d'exiger qu'on lui justifie de la valeur du capital. Or, dans les annonces de la nature de celles que nous examinons, ce capital est indiqué soit expressément, soit par le nombre d'actions qui le représentent. Donc la multiplication du nombre par la valeur constatera le chiffre total du capital et indiquera si les actions peuvent ou non être de moins de cinq cents francs. Exiger du gérant une opération aussi simple, c'est ne demander rien d'exagéré, ou d'une pratique bien difficile.

Il ne pouvait entrer dans la pensée de personne de vouloir que le gérant recherchât la sincérité des indications qui lui sont données. Aussi, si sa bonne foi a été surprise; si, croyant à la vérité des faits attestés par l'annonce et dont rien ne lui faisait un devoir de douter, il se trouve avoir inséré une illégalité, son inten-

tion le met à couvert de toute responsabilité. C'est ce que le gouvernement proclamait en 1845; c'est ce qu'il consacrait encore en 1856.

Mais si l'erreur a été volontaire, si la fausseté des indications pouvait et devait être facilement connue, si enfin le gérant a omis les précautions que conseillait la simple prudence, rien ne saurait le soustraire à l'application de l'article 12.

149. La peine de la négociation et de la publication n'est plus qu'une amende de cinq cents à dix mille francs. La peine de l'emprisonnement a disparu. On n'a donc pas considéré ces actes comme coupables au même titre que l'émission des actions, ou le commencement des opérations avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance. Il était indispensable de les prohiber l'une et l'autre. Mais dans la détermination de sanction qu'il convenait de donner à la prohibition, il ne fallait pas oublier que la peine pouvait atteindre une foule de gens qui auraient cédé plus encore à un fâcheux entraînement qu'à l'intérêt qu'on peut hardiment supposer chez les fondateurs et les gérants. Cette considération a fait retrancher l'emprisonnement dans les hypothèses de l'article 12, et la distance entre le *minimum* et le *maximum* de l'amende laisse aux magistrats la faculté de tenir compte des circonstances plus ou moins favorables au milieu desquelles le fait reproché a eu lieu.

150. Rappelons l'observation que nous avons relevée sous l'article 3. Sa prohibition ne concerne que la négociation commerciale. En conséquence, la cession

d'actions ou de coupons d'actions avant le versement des deux cinquièmes faits en la forme et par les voies autorisées par le Code Napoléon ne pourrait être atteinte de la peine édictée par l'article 12.

151. L'article 13 comble une lacune regrettable et met un terme à une impunité qui a fait bien des victimes. La constitution d'une commandite par actions pouvait être l'occasion de faits qui, rentrant dans la catégorie des actes prévus par l'article 405 du Code pénal, étaient atteints et punis des peines portées par cet article.

Cette répression exigeait la réunion des caractères déterminés, en l'absence desquels le fait reproché, quelque odieux, quelque blâmable qu'il fût, au point de vue de la morale et de la justice, restait forcément impuni et hors d'atteinte.

Ainsi, l'erreur inférée par les fondateurs ou le gérant à l'aide de souscriptions simulées, et n'ayant rien de sérieux, de faits reconnus faux et mensongers, de la trompeuse désignation de personnes considérables qu'on laissait croire intéressées à la société, quoiqu'elles y fussent complétement étrangères, de la distribution enfin de dividendes non acquis au moyen d'inventaires frauduleux : toutes ces ruses coupables pouvaient se produire sans danger pour leur auteur, et Dieu sait avec quelle audace elles étaient exploitées !

La loi nouvelle, cédant au sentiment public, a restitué à ces actes leur véritable caractère, en les déclarant constitutifs de l'escroquerie et leur appliquant la peine de celle-ci. Pourrait-on contester l'exactitude et la jus-

tesse de cette assimilation ? Les faits prévus par l'article 13 ne sont-ils pas tout autant de manœuvres déloyales et partant frauduleuses, n'ont-ils pas pour objet de persuader de l'existence d'un crédit imaginaire, d'inspirer des espérances chimériques; pour but de s'emparer de tout ou de partie de la fortune d'autrui ? Donc la morale et la justice protestaient contre leur impunité, et on ne peut qu'applaudir à la résolution de combler la regrettable lacune que cette impunité signalait dans notre loi pénale.

152. Désormais donc seront punis des peines édictées par l'article 405 du Code pénal :

§ 2. 1° Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par la publication faite de mauvaise foi de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements.

153. L'exigence du versement du quart des actions a éloigné la possibilité des souscriptions de complaisance, mais ne l'a pas fait disparaître. Ce qu'on exécutait autrefois pour rendre la constitution de la société définitive, on pourrait le tenter aujourd'hui pour obtenir plus promptement et plus sûrement les adhésions qu'on sollicite.

Or, chacun sait qu'un moyen puissant d'appeler la confiance est de paraître l'avoir obtenue. Prétendre que dès son apparition un projet a recueilli de nombreuses, d'importantes adhésions, c'est inspirer l'idée la plus avantageuse sur l'avenir et déterminer le public à y prendre part.

On pourrait donc vouloir se donner cette apparence, soit par la simulation de souscriptions ou de versements, soit en publiant comme réalisés les uns et les autres qui n'auraient pourtant jamais existé, soit enfin par l'indication de tous autres faits faux. Quel que soit l'acte, il suffit qu'il déguise l'état des choses, et qu'il ait pour but de capter la confiance pour qu'il tombe sous l'application du premier paragraphe de l'article 13 ;

154. 2° Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont de mauvaise foi publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant attachées à la société à un titre quelconque.

155. Un nom honorable est souvent l'enseigne la plus utile, la plus désirable que puisse prendre une société ; l'exemple donné par une personne considérable est des plus entraînants. L'emprunt de ce nom, la supposition de ce concours étaient d'un intérêt trop évident pour certaines spéculations, pour qu'on s'abstînt d'y avoir recours. On sait avec quelle impudeur ce moyen avait été exploité.

Avant la loi nouvelle, on ne manquait pas de désigner comme membres du conseil de surveillance les personnes dont on exploitait ainsi l'importance souvent sans même les avoir consultées. L'article 6 a rendu cet abus impossible.

Restait la ressource de prétendre associés ceux dont on aurait fait autrefois des membres du conseil de surveillance.

De cette manière on se ménageait au moins le bénéfice de l'exemple, d'autant plus influent qu'il se-

rait parti de plus haut. C'est cette ressource que le second paragraphe de l'article 13 a pour effet de supprimer, sous peine de l'application del'article 405 du Code pénal.

156. Pour que la peine soit encourue, il faut qu'il y ait eu publication ; que les personnes qui ont été désignées comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ne lui aient jamais appartenu, ni dû lui appartenir ; enfin que la publication de leurs noms ait été faite de mauvaise foi. Cette dernière condition peut paraître singulière. Comment, en effet, supposer la bonne foi si la publication est contraire à la vérité ? Les termes de l'article paraissent cependant l'admettre.

L'inexactitude de l'expression ne saurait prévaloir sur l'esprit évident de la loi. Il ne saurait y avoir bonne foi que si, lors de la publication, son auteur a pu sérieusement croire au concours actuel ou prochain de celui ou de ceux qu'il désignait. Si cette conviction n'a pas existé, si elle ne pouvait exister, la condition de la loi est acquise, la publication a été faite de mauvaise foi, et entraîne dès lors l'application de la peine édictée.

157. 3° Les gérants qui, en l'absence d'inventaires, ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes non acquis à la société.

Nous avons déjà indiqué les conséquences de ces dividendes fictifs, pris sur le capital et qui, l'absorbant graduellement, atteignent la société dans son élément le plus essentiel, la conduisent à la ruine, au

grand détriment du public, des associés eux-mêmes.

Nous avons vu quel était, à cet égard, le mandat du conseil de surveillance, quelle est sa responsabilité. Cette peine, juste pour les membres de ce conseil, aurait été souvent illusoire et vaine pour le gérant. D'ailleurs, ses torts bien autrement graves méritaient une répression plus sévère, donc en lui infligeant la peine de l'article 405 du Code pénal, le législateur n'a fait que suivre les inspirations de la plus saine raison.

158. Cette peine consiste dans un emprisonnement d'un an au moins, de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante à trois mille francs ; enfin, de l'interdiction des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal pendant cinq ans au moins et dix ans au plus; cette dernière est simplement facultative.

En présence d'une peine pareille, le législateur a compris que des modifications pourraient être indispensables pour l'administration d'une exacte justice. Bien que graves par eux-mêmes, les faits prévus par les trois numéros de l'article 13 ne le seront pas toujours au même titre, dans les mêmes proportions. L'intention de l'auteur, les circonstances dans lesquelles il s'est trouvé peuvent l'excuser jusqu'à un certain point. La faculté de recourir à l'article 463 du Code pénal a donc été concédée aux tribunaux. Elle pouvait l'être sans danger. Plus que personne les magistrats ont déploré les scandales et les abus que la loi tend à réprimer. On ne doit pas craindre qu'ils se prêtent à les encourager par une indulgence qui pourrait devenir funeste.

159. Le caractère de l'article 13 ressort nettement de ses termes : *sont punis*, etc... Ce qui s'en induit, c'est que dans les hypothèses qu'il prévoit la matérialité du fait en détermine la culpabilité, et rend la condamnation inévitable et forcée.

Sans doute, les tribunaux ont toujours le droit d'apprécier l'acte qui leur est déféré. Mais à l'endroit de l'article 13, cette appréciation se borne à constater si cet acte rentre ou non dans une des catégories prévues; la solution négative motiverait légalement l'acquittement du prévenu.

Mais la solution contraire ne laisse plus au juge la faculté de prononcer cet acquittement. Il est obligé de condamner, sauf, dans l'application de la peine, de tenir compte des inspirations que lui dicte sa conscience.

ARTICLE 14.

Lorsque les actionnaires d'une société en commandite par actions ont à soutenir collectivement et dans un intérêt commun, comme demandeurs ou comme défendeurs, un procès contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, ils sont représentés par des commissaires nommés en assemblée générale.

Lorsque quelques actionnaires seulement sont engagés comme demandeurs ou comme défendeurs dans la contestation, les commissaires sont nommés dans une assemblée spéciale composée des actionnaires parties au procès.

Dans le cas où un obstacle quelconque empêcherait

la nomination des commissaires par l'assemblée générale ou par l'assemblée spéciale, il y sera pourvu par le tribunal de commerce sur la requête de la partie la plus diligente.

Nonobstant la nomination des commissaires, chaque actionnaire a le droit d'intervenir personnellement dans l'instance, à la charge de supporter les frais de son intervention.

ARTICLE 15.

Les sociétés en commandite par actions actuellement existantes, et qui n'ont pas de conseil de surveillance, sont tenues, dans le délai de six mois, à partir de la promulgation de la présente loi, de constituer un conseil de surveillance.

Ce conseil est nommé conformément aux dispositions de l'article 5.

Les conseils déjà existants, et ceux qui sont nommés en exécution du présent article, exercent les droits et remplissent les obligations déterminés par les articles 8 *et* 9*; ils sont soumis à la responsabilité prévue par l'article* 10.

A défaut de constitution du conseil de surveillance, dans le délai ci-dessus fixé, chaque actionnaire a le droit de faire prononcer la dissolution de la société. Néanmoins, un nouveau délai peut être accordé par les tribunaux, à raison des circonstances.

L'article 14 *est également applicable aux sociétés actuellement existantes.*

SOMMAIRE.

160. En thèse ordinaire et de droit commun, le gérant est le représentant légal de la société; seul il en a les actions soit actives, soit passives; les jugements obtenus par lui ou rendus contre lui, en sa qualité, lient tous ses associés, et acquièrent pour ou contre chacun d'eux l'autorité de la chose jugée.

La loi n'avait donc pas à se préoccuper de cette hypothèse : les actions intentées par la société contre des tiers, ou par des tiers contre la société. Le principe que nous venons de rappeler protégeait suffisamment l'intérêt collectif, puisque le gérant ne pouvait faire valoir ses droits propres sans faire valoir en même temps ceux de tous ses associés.

Mais les difficultés surgissant entre le gérant d'un côté et les actionnaires de l'autre offraient un caractère bien différent. La division d'intérêts rompait, en quelque sorte, le faisceau dont le gérant disposait légalement, il n'y avait donc plus, quant à ce, de masse, d'être moral proprement dit. Les individualités se substituaient à la généralité, qui n'avait plus de mandataire soit légal, soit conventionnel, puisque la loi ne s'est occupée de la représentation de la société que vis-à-vis des tiers; et qu'en conservant au gérant le droit de les représenter, par le fait seul de l'association, les actionnaires n'ont ni délégué ni pu déléguer aucun d'entre eux pour agir au nom de tous.

De là la nécessité, lorsqu'un procès surgissait entre eux et le gérant, de les mettre tous en cause, lorsque surtout ce dernier, agissant comme demandeur, voulait donner à la décision à intervenir un caractère obligatoire et définitif contre tous.

La loi nouvelle a voulu mettre un terme à un état de choses qui, disait avec raison l'exposé des motifs, par le nombre des parties, par la difficulté de les connaître, par l'éloignement de leur domicile respectif, créait des embarras considérables, suscitait des longueurs et entraînait des frais énormes, qui, d'ailleurs, n'avait rien de réellement utile.

Il était d'autant plus sage d'y pourvoir que la loi nouvelle, par la responsabilité qu'elle édicte soit pour les gérants, soit pour les membres du conseil de surveillance, multiplie les occasions de trouver et de mettre en présence, d'une part, l'intérêt des gérants ou des

membres du conseil de surveillance, de l'autre l'intérêt collectif et commun des actionnaires.

Le législateur n'a pas voulu autoriser cent, deux cents procès, là où un seul pouvait suffire. Il veut donc que, toutes les fois où le double intérêt que nous venons de signaler se trouvera engagé, les actionnaires soient tous représentés par des commissaires spéciaux qu'ils sont appelés à choisir.

Or, ce qui était juste dans l'hypothèse d'un intérêt général et collectif ne l'était pas moins dans celle d'un intérêt distinct entre fractions d'actionnaires. On devait donc faire dans ce cas ce qu'on faisait dans le premier; chaque fraction est autorisée à déléguer des commissaires chargés de les représenter tous et de faire valoir leurs droits.

161. Cette délégation devant être le fait de tous les intéressés ne peut avoir lieu que dans une assemblée générale dans le premier cas, spéciale dans le second. Nous voyons dans cette disposition de la loi la concession forcée aux actionnaires de la faculté de convoquer l'assemblée générale ou spéciale. Pouvait-on, en effet, s'en remettre de cette convocation au gérant ou au conseil de surveillance? Evidemment l'un et l'autre n'ont intérêt à faire nommer les adversaires contre lesquels ils doivent agir que lorsqu'ils sont eux-mêmes demandeurs. On comprend combien ils seraient peu jaloux d'y arriver lorsque, poursuivis pour contravention à leurs devoirs, l'issue du procès pourrait être la consécration de la responsabilité qu'ils auraient encourue.

C'est donc aux actionnaires qu'est laissé le soin de se convoquer, de se concerter, de s'entendre. Le plus diligent d'entre eux ne doit pas hésiter à prendre l'initiative d'une mesure utile à tous.

162. La faculté pour les actionnaires de plaider par des commissaires, ayant son fondement dans le désir de lever les embarras, d'économiser les longueurs et les frais, ne devait pas être laissée à la libre volonté des actionnaires, il fallait la leur imposer. L'article 14 prouve que telle a bien été l'intention du législateur. En effet, ne pouvant se dissimuler les difficultés que présente la réunion d'actionnaires disséminés à des distances plus ou moins grandes, celles qui résultent de la négligence qu'on ne met que trop habituellement à se rendre à ces réunions, il a formellement déféré la nomination des commissaires aux tribunaux de commerce.

Il ne dépend donc de personne de rendre inutile la précaution prise par le législateur; quel que soit l'obstacle s'opposant à la nomination des commissaires, les tribunaux sont appelés à le lever. Il suffit que les actionnaires n'aient pu ou n'aient pas voulu s'entendre pour que, sur la requête de la partie la plus diligente, le tribunal de commerce procède lui-même à cette nomination.

163. Cette requête n'a pas besoin d'être signifiée aux actionnaires intéressés. Il eût été absurde que, pour éviter les embarras, les longueurs et les frais d'une mise en cause individuelle, on commençât par les subir.

Les actionnaires ne sont donc pas parties nécessaires

dans la poursuite en nomination des commissaires. L'intervention de la justice est une garantie suffisante. D'ailleurs dès que l'intérêt est collectif et commun, celui qui poursuit cette nomination, en protégeant le sien propre, protége forcément celui de tous. La difficulté ne pourrait donc jamais se référer qu'au plus ou moins de capacité des élus, que relativement à la partialité qu'on leur supposerait à l'endroit du gérant ou des membres du conseil de surveillance. Or, à moins d'une erreur difficile à admettre, on peut tenir pour certain que les magistrats sauront faire un choix convenable sous tous les rapports.

164. Quoi qu'il en soit, ce qui résultait de l'exécution de l'article 14, c'est que les commissaires élus en assemblée générale ou spéciale n'auraient recueilli que la majorité, que dans certains cas l'élection faite par la justice serait étrangère aux véritables intéressés. Dans l'un et dans l'autre cas des doutes pouvaient naître chez certains actionnaires, et inspirer des craintes sur le sort du mandat confié.

Cette supposition n'a pas échappé au législateur, et le paragraphe final de l'article 14 indique comment il a voulu remédier à ce doute et à ces craintes.

Chaque actionnaire peut à son gré intervenir dans l'instance, nonobstant la nomination des commissaires, y surveiller ses intérêts, et suppléer aux négligences ou aux omissions que ceux-ci pourraient commettre.

Mais on comprend que cette intervention toute d'intérêt personnel ne pouvait aggraver la position de la partie qui succomberait, en lui imputant l'obligation de

payer des frais qu'elle n'eût pas supportés si l'intervention n'avait pas eu lieu. Il n'y a donc rien que de juste à avoir fait du payement des frais occasionnés par cette intervention la condition absolue de sa réalisation.

165. Les contestations auxquelles se réfère l'article 14 naissent évidemment entre associés et à raison de la société. Elles constituent donc ces litiges sociaux que l'article 51 du Code de commerce déférait aux arbitres.

L'abrogation de l'arbitrage forcé en restitue la connaissance à la juridiction consulaire, elle est exclusivement compétente ; les parties seraient contraintes d'y recourir, à moins qu'elles ne consentissent un compromis.

Mais celui-ci ne serait obligatoire que pour ceux qui l'auraient volontairement souscrit ; donc pour pouvoir être opposé aux actionnaires, il faudrait que chacun d'eux l'eût revêtu de sa signature.

166. Les commissaires nommés en vertu de l'article 14, n'ayant pouvoir que de représenter les actionnaires en justice, n'ont pas le droit de compromettre. Le compromis qu'ils auraient provoqué serait donc nul et de nul effet, à moins que nommés par l'unanimité des intéressés, ils eussent été expressément autorisés à le faire par l'acte de nomination ; il en serait de même pour le droit de transiger.

167. Les dispositions de l'article 14 ne réglant que le mode de la procédure régissaient de plein droit l'avenir, soit que la société eût suivi leur promulgation, soit qu'elle l'eût précédée ; quoique cette règle n'ait jamais été contestée ni méconnue, le législateur a cru

devoir s'en expliquer formellement, en déclarant dans l'article 15 que l'article 14 est applicable aux sociétés actuellement existantes.

168. Quelle influence devait avoir la loi nouvelle sur ces sociétés? C'était la question que la création de la loi faisait naturellement naître. La solution de cette question était en quelque sorte commandée par le principe de la non-rétroactivité des lois créant des obligations ou des droits sociaux nouveaux.

Aussi ne pouvait-il être question pour les sociétés anciennes ni de la souscription du capital entier, ni du versement du quart, ni du caractère nominatif des actions jusqu'à leur libération, ni de leur innégociabilité jusqu'après versement des deux cinquièmes, ni enfin de la responsabilité indéfinie des premiers souscripteurs.

169. Que devait-il en être du conseil de surveillance? Pouvait-on contraindre les sociétés qui n'en avaient point à en élire un, ou exiger une nomination nouvelle de celui qui avait déjà été institué? Devait-on soumettre les conseils existants aux obligations, leur accorder des droits, les déclarer passibles de la responsabilité auxquels la loi nouvelle soumet les conseils à élire depuis sa promulgation?

Le Conseil d'État n'avait vu dans tout ce qui concerne les conseils de surveillance que des règles relatives à l'administration, qui, n'altérant en rien les droits acquis, pouvaient, sans porter atteinte au principe de la non-rétroactivité, recevoir une application immédiate dans les sociétés existantes.

En conséquence dans le projet de loi, il avait, ainsi formulé l'article 15 : Les sociétés en commandite par actions actuellement existantes sont tenues, dans les six mois à partir de la promulgation de la présente loi, de constituer un conseil de surveillance. Ce conseil est nommé conformément à l'article 4, ce qui entraînait la réélection des conseils existants déjà.

170. La commission du Corps législatif émit d'abord l'avis que l'article devait être purement et simplement retranché. Sur le refus du Conseil d'État, elle se réduisit à en poursuivre la modification. Elle proposa donc de ne rendre l'institution d'un conseil de surveillance obligatoire que pour les sociétés qui n'en auraient encore aucun. La nomination régulièrement faite avant la loi constituait, dans son opinion, un droit acquis, auquel on ne pouvait toucher sans donner à la loi un effet rétroactif. A quoi bon d'ailleurs un remplacement, ajoutait-elle; qu'importent, en effet, les personnes et le mode qui ont présidé à leur élection, si d'ailleurs et dans l'avenir elles ne pouvaient se soustraire aux obligations imposées par l'article 10? Aucun doute ne saurait s'élever à cet égard, les dispositions réglant les attributions et la responsabilité régissaient de plein droit l'avenir de toutes les sociétés, puisqu'elles se référaient à des actes qui s'accompliront sous leur empire.

Le Conseil d'État ayant acquiescé au vœu de la commission, la modification proposée par elle est devenue l'article 15 de la loi qui, tout en dispensant d'une réélection les conseils existants, les déclare expressément tenus, comme ceux à élire, de toutes les obligations

déterminées par les articles 8 et 9, et de la responsabilité édictée par l'article 10, et leur confère les droits et les attributions accordés par les deux premiers.

171. Les sociétés dont la constitution a précédé la loi conservent donc le caractère et la forme que leur donnent les statuts; leurs actions sont reconnues et valables, même dans l'hypothèse d'une émission nouvelle, en conformité de ces mêmes statuts ; mais si elles n'ont pas de conseil de surveillance, elles doivent en instituer un en la forme prescrite par l'article 5.

Le délai de cette institution est de six mois, à partir de la promulgation de la présente loi. L'expiration de ce délai, sans qu'il y ait été procédé, ouvre, pour chaque actionnaire, le droit de poursuivre et de faire prononcer la dissolution de la société et sa liquidation.

Dans le projet du Conseil d'État ce délai était fatal, et son expiration rendait la dissolution obligatoire pour les tribunaux. Mais il pouvait se faire que l'inobservation fût moins l'effet de la volonté ou de la faute du gérant, que la conséquence de circonstances purement fortuites et indépendantes de cette volonté. Il parut donc juste à la commission de permettre d'accorder un second délai, et c'est ce que le Conseil d'État admit également.

Les tribunaux peuvent donc refuser en l'état la dissolution demandée, et accorder au gérant une prolongation de délai qu'ils déterminent. L'exercice de cette faculté est naturellement subordonné à la preuve que le gérant fera de sa diligence et des efforts par lui tentés pour amener l'exécution dans le délai de la loi. La pro-

longation ne serait motivée par rien si l'inobservation n'était que le résultat d'une mauvaise volonté ou de la négligence.

172. Nous avons déjà examiné et résolu la question de savoir si la loi nouvelle était applicable aux sociétés civiles, en nous prononçant pour la négative[1].

Si cette solution est fondée, et nous la croyons telle, il est évident que les exigences de l'article 15 ne sont pas obligatoires pour les sociétés civiles.

Comment d'ailleurs hésiter en présence du texte de cet article? On a pu, par un véritable abus, donner à la société civile le nom de commandite, en diviser le capital en actions, soit nominatives, soit au porteur, mais non lui en imprimer le caractère et les effets. Ce qui constitue la commandite, c'est la perte limitée à la mise : or, nonobstant toutes stipulations contraires, les associés civils supportent leur part et portion de cette perte, dût cette portion excéder leur intérêt social.

Donc la société civile n'a jamais été ni pu être une commandite ; elle échappe dès lors à la disposition de l'article 15, ne régissant nommément et spécialement que les sociétés en commandite.

[1] *Sup.*, n. 58.

FIN.



A LA MÊME LIBRAIRIE



NOUGUIER, avocat. Des lettres de Change et des Effets de commerce en général. 2e édit. 1851, 2 vol. in-8. 16 fr.

OUDOT, professeur à la Faculté de droit de Paris. Conscience et science du devoir, introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon. 1856. 2 vol. in-8. 11 fr.

PARDESSUS. Us et Coutumes de la mer ou Collection des usages maritimes des peuples de l'antiquité et du moyen âge (Reproduction des 14 premiers chapitres de la collection des lois maritimes). 1847, 2 vol. in-4. 20 fr.

PETIT. Traité de l'Usure, commentaire de la loi du 3 septembre 1807 1840, in-8. 4 fr.

PISTOYE (DE) et CH. **DUVERDY**, avocats. Traité des Prises maritimes dans lequel on a refondu celui de Valin, en l'appropriant à la législation actuelle. 1854, 2 vol. in-8. 15 fr.

POUGET (Louis). Dictionnaire des assurances terrestres. — Principes. — Doctrine. — Jurisprudence. — Statistique. — Economie de l'assurance. — Concordance des polices françaises avec les polices et les codes étrangers. Analogie avec les assurances maritimes et fluviales. 1855. 2 vol. grand in-8. 24 fr

— Des Droits et des Obligations des divers commissionnaires, ou de la Commission en matière d'achats et ventes, opérations de banque, assurances navigation fluviale et maritime, transport par messageries, chemins de fer, etc., etc. 1857, 2 vol. in-8. 16 fr.

SCHOELL. Cours d'histoire des Etats européens, depuis le bouleversement de l'empire d'Occident jusqu'en 1789. 1830-1835. 47 vol. in-8. 100 fr.

SIBILE, avoué. Jurisprudence et doctrine en matière d'Abordage, ou Commentaire sur les art. 407, 435 et 436 du Code de commerce. 1853, in-8. 6 fr.

VERGÉ, docteur en droit. Diplomates et Publicistes. 1856, in-8 4 fr.

WESTOBY, avocat. Résumé de la Législation anglaise en matière civile et commerciale, à l'usage des étrangers. 1854, in-8. 6 fr.

WOLOWSKI. Des Fraudes commerciales. 1843, br. in-8. 1 fr

ZACHARIÆ. Le Droit civil français, traduit de l'allemand sur la 5e édition annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon, par MM. G. Massé, président, et Ch. Vergé, avocat, docteur en droit. 1855-1857, 5 vol. in-8. 37 fr. 50

REVUE HISTORIQUE de droit français et étranger, publié sous la direction de MM. Ed. Laboulaye, membre de l'Institut, professeur de législation comparée au Collége de France; E. de Rozière, ancien professeur à l'Ecole des chartes; R. Dareste, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation; C. Ginoulhiac, chargé du cours d'histoire de droit à la Faculté de Toulouse. Prix, Paris, 10 fr.; Départements et Etranger, 12 fr.
Cette revue paraît tous les deux mois.

SEANCES ET TRAVAUX de l'Académie des sciences morales et politiques Compte rendu par M. Ch. VERGÉ, docteur en droit, sous la direction de M. MIGNET, secrétaire perpétuel de l'Académie. 1843-1852 (1re, 2e et 3e séries), 22 vol. in-8.

— 4e série, 1853-1856, 4 vol. par an Prix de chaque année 20 fr. Prix de l'abonnement pour 1857, 20 fr.; pour les départements. 25 fr.

— La correspondance littéraire. — Critique. — Beaux-arts, sciences. — Erudition, paraissant le 5 de chaque mois. Prix, pour Paris et les départements 10 fr ; l'étranger, le port en plus.



TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.

